



Departamento de Direito

A MEDIAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

Artur Jorge Costa dos Santos

Dissertação submetida para obtenção do grau de Mestre em Direito

Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Orientador:

Prof.Doutor Paulo de Sousa Mendes

Setembro, 2012

Resumo

A crescente importância de espaços de oportunidade e de soluções de consenso no processo penal português face à necessidade de desjudicialização e informalização do sistema de Justiça, favoreceram a implantação legal e o exercício da mediação penal em Portugal. No contexto internacional e historicamente emanada da denominada justiça restaurativa, a mediação penal surge com o intuito de colmatar a alegada ineficácia do sistema de Justiça tradicional, ao procurar promover a participação dos cidadãos e ao atribuir maior importância à vítima, vetada quase ao esquecimento no processo penal formal, direccionado sobretudo para a punição do ofensor. As Organizações Internacionais não estão alheias a este panorama e através de recomendações e directivas têm procurado, desde a década de noventa, do século XX, sensibilizar os Estados no sentido de criarem mecanismos legais que possam permitir a integração da mediação penal nos seus ordenamentos jurídicos. A introdução do regime de mediação penal em Portugal através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, regime que nasceu da imposição de uma directiva comunitária, foi precedido de debate público acerca desta temática, salientando-se o facto de terem existido e existirem opiniões divergentes quanto à forma de integração da mediação no processo penal e a sua articulação com outras formas de diversão do processo, algumas entendidas como manifestações do princípio da oportunidade. Neste cenário, pretende-se desenvolver uma reflexão sobre o modo como a mediação se posiciona no processo penal português, concretamente no que respeita ao seu posicionamento face ao princípio da oportunidade, para o que importa uma análise comparada de outras formas de integração da mediação no processo penal e bem assim indagar das manifestações daquele princípio no contexto nacional.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa; Mediação Penal; Princípio da Oportunidade; Consenso.

Abstract

The growing importance of opportunity spaces and consensus solutions in Portuguese criminal proceedings against the need for desjudicialization and informal justice system favored the implementation of penal mediation in Portugal. In the international context and historically emanated from the so-called restorative justice, penal mediation arises in order to bridge the apparent ineffectiveness of the traditional justice system, seeking to promote citizen participation and greater emphasis on victim, voted almost to oblivion in the formal criminal proceedings formal, targeted especially for the punishment of the offender. As International Organizations are not foreign to this landscape and through recommendations and directives have sought since the 90s, among States in order to create legal mechanisms that would enable the integration of mediation in their jurisdictions. The introduction of the mediation in Portugal through Law No. 21/2007, and that procedure arises from the imposition of an EU directive, was preceded by public debate on this subject, pointing out the fact that there were and there are differing views namely how to integrate mediation in criminal investigation and their conjunction with other forms of entertainment of the process, some understood as manifestations of the principle of opportunity this scenario, we intend to develop a reflection on how the mediation process stands at the Portuguese criminal for these and other aspects, taking into account also a comparative analysis of other forms of integration of mediation in criminal proceedings.

Key - Words: Restorative Justice; Penal Mediation; Principle of Opportunity; Consensus.

Índice

Resumo.....	2
Introdução.....	8
Capítulo I- Surgimento e Evolução da Mediação Penal	12
1.1 - A Justiça Restaurativa	12
1.1.2 - Os fins da Punição e a Perspectiva Restaurativa da reparação do dano	18
1.1.3- Os Princípios da Justiça Restaurativa	22
1. 2 - O Processo de Mediação entre vítima e ofensor	25
1. 3 - A mediação penal na Europa	33
1.3.1- Os Países pioneiros na integração de projectos experimentais	35
1.3.2- O papel das Organizações Internacionais no desenvolvimento da mediação penal.....	44
Capítulo II-A Mediação no Processo Penal	50
2.1- A Mediação em todas as Fases do Processo Penal e Pós-sentença: Perspectiva Comparada	50
2.1.1- A Bélgica e o projecto” mediação para reparação	51
2.1.2- Hungria	57
2.1.3- Estónia	60
2.1.4- Polónia	63
2.1.5- A experiência Anglo-Americana na mediação pós-sentença.....	66
2.2 - A introdução e a regulamentação da mediação penal em Portugal.....	72
: 2.2.1 Análise da lei nº21/2007 e a tramitação do Processo de Mediação	77
2.2.2- Os resultados da implantação do sistema de mediação penal	80
Capítulo III- A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade	87
3.1- O Princípio da Oportunidade no processo penal em Portugal	87
3.1.1- O arquivamento em caso de dispensa de pena.....	91
3.1.2- A suspensão provisória do processo	93
3.1.3- O processo sumaríssimo	95
3.1.4- A determinação concreta da pena pelo MP à luz do artigo 16.º, n.º 3 do CPP.....	100
3.2- O Instituto da suspensão provisória do processo e a mediação penal	102

3.3- A diversão do processo e as soluções de consenso após a fase de Inquérito	112
3.3.1- Na fase de Instrução	112
3.3.2- A exequibilidade da mediação penal na fase de julgamento e a problemática do princípio da presunção de inocência	118
Conclusões	123
Bibliografia	126

Lista de Abreviaturas e Siglas

ABA – American Bar Association

Ac - Acórdão

Art.- Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Lítigios

ONG - Organização Não Governamental

NMS – National Mediation Service (Norway)

SMP – Sistema de Mediação Penal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StGB – Código Penal Alemão

StPO- - Código de Processo Penal Alemão

VORP - Victim – Offender Reconciliation Project

Lista de Quadros

	Págs.
Quadro 1- Volume de processos de mediação penal na região da Flandres:Bélgica.....	55,56
Quadro 2- Volume de processos de mediação penal na região de Valónia: Bélgica	56,57
Quadro 3: Volume de processos de mediação penal na Hungria	59
Quadro 4: Volume de processos de mediação penal na Estónia	62
Quadro 5: Volume de processos de mediação penal na Polónia	65,66
Quadro 6: Processos encaminhados para o SMP em Portugal por tipo de crime	82,83
Quadro 7: Volume de processos de mediação encaminhados para o SMP em Portugal	85
Quadro 8: Inquéritos de Opinião acerca do SMP em Portugal.....	86

INTRODUÇÃO

A mediação penal e o princípio da oportunidade

O regime de mediação penal, criado em Portugal através Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, tem sido motivo de análise na perspectiva da sua pouca relevância no nosso processo penal, face à prevalência do princípio da legalidade em um sistema processual penal de estrutura acusatória. A crescente necessidade de uma justiça mais célere e eficaz faz com que assumam cada vez mais importância algumas formas de diversão do processo penal associadas a manifestações do princípio da oportunidade. Sendo a mediação no contexto penal em Portugal maioritariamente entendida como uma forma de diversão do processo penal e partindo da análise da sua semelhança com outros institutos processuais de diversão processual, na presente investigação pretende-se dar resposta à questão de saber se a mediação penal poderá representar também uma manifestação daquele princípio da oportunidade ou se deve ser percebida como um instituto distinto.

Trata-se da questão central deste trabalho, à qual procuraremos dar resposta, sendo que para tal se impõe uma delimitação do conceito de mediação, do seu surgimento e evolução no Direito Comparado, bem como o seu modo de integração no processo penal português, para se reflectir a final sobre a sua natureza e integração processuais. Nesse processo indagar-se-á em especial sobre as manifestações do princípio da oportunidade no processo penal português, identificando e caracterizando para o efeito as várias formas de diversão do processo e bem assim analisando as orientações consensuais presentes nas várias fases do processo penal, o que permitirá, comparando dogmaticamente com o instituto da mediação penal, dar resposta à questão de saber se a mediação penal pode ou não ser configurada como manifestação do princípio da oportunidade.

Compreende-se assim a estrutura que se propõe para a presente investigação e que de seguida se apresenta.

No Capítulo I centraremos a nossa atenção no surgimento e evolução histórica da mediação penal e nos motivos que contribuíram para o seu desenvolvimento no panorama internacional. Partindo do enquadramento da mediação penal numa perspectiva restaurativa da justiça, sustentada por princípios próprios, importará referir outras práticas que contribuíram para o seu desenvolvimento no contexto internacional e que igualmente se

inserir neste novo paradigma de justiça. Torna-se também necessário perceber o tipo de posicionamento desta “nova” justiça, na perspectiva da sua integração ou da sua autonomia face ao sistema de justiça tradicional, através da visão das suas teorias maximalista e minimalista. Ainda neste contexto, importará abordar os fins da punição na justiça criminal face à perspectiva restaurativa da reparação do dano, através do posicionamento das *teorias absolutas* e das *teorias relativas* relacionadas com a legitimação do direito penal e com as consequências jurídicas do crime. Após este enquadramento geral da mediação penal, vamos focar-nos no seu processo e analisar os seus princípios orientadores bem como as diferentes fases que compõem esse mesmo processo e abordaremos em seguida a evolução da mediação penal no contexto europeu, dando conta dos factores que contribuíram para o surgimento dos primeiros projectos experimentais de mediação.

No Capítulo II abordaremos a mediação no âmbito do processo penal. Primeiramente faremos referência à perspectiva comparada da mediação em todas as fases do processo penal, e na fase pós-sentença. Trata-se efectivamente de uma realidade em alguns países europeus, embora em relação às experiências de mediação no período pós-sentença, nomeadamente em contexto prisional, a sua expressão se resume sobretudo a projectos experimentais, sendo todavia de destacar a emergência de soluções diversas, concretamente na Bélgica, onde a mediação neste contexto já se encontra institucionalizada e consagrada na lei. No estudo comparado iremos avaliar o modo como nos diversos países analisados a mediação foi integrada no processo penal, a sua tramitação nas várias fases do processo, bem como os resultados da implantação dos sistemas de mediação penal nas várias fases do processo tendo em conta os dados estatísticos apurados em cada país. No âmbito da mediação em contexto prisional destacaremos ainda a importância de que se revestiu a experiência Anglo-Americana para o surgimento da mediação nesse campo na Europa. No plano nacional mencionar-se-á que a introdução e regulamentação da mediação penal foi antecedida de um intenso debate público, nomeadamente a propósito da exequibilidade da mediação nas diversas fases do processo penal e da natureza de crimes que poderiam vir a ser, digamos que, mediáveis. É neste panorama, fortemente influenciado pela necessidade de Portugal dar cumprimento às decisões das instituições europeias no sentido de promover e implantar a mediação no processo penal, necessidade contrariada pelo cepticismo dos operadores judiciais quanto à sua eficácia, que iremos analisar o surgimento da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho. Daremos igualmente importância à tramitação do processo de mediação, regulada na Lei citada, e à avaliação global dos resultados da implantação do Sistema de Mediação Penal (SMP) em

Portugal. Neste particular aspecto, teremos em atenção os dados estatísticos relativos ao número de processos reencaminhados para a mediação por tipo de crime, e aos dados relativos ao número de mediações efectivamente realizadas. Para completar esta análise julgámos importante perceber, através de inquéritos de opinião, qual o grau de conhecimento da mediação por parte dos cidadãos que recorrem ao Sistema e o respectivo grau de satisfação, decorrente da sua utilização.

No terceiro e último Capítulo abordaremos a mediação penal no contexto do princípio da oportunidade. Iremos começar por enquadrar este princípio no processo penal e os objectivos da sua intervenção por contraposição ao princípio da legalidade, identificando e distinguindo os seus diferentes modelos de aplicação no processo penal na perspectiva dos sistemas Anglo-Saxónicos e Romano-Germânicos. Após este enquadramento inicial, ponderaremos a possibilidade de introdução de espaços de oportunidade no Código de Processo Penal português, ponderação a que não é alheia a importância das recomendações do Conselho da Europa no sentido de uma maior simplificação e desburocratização do processo penal, da introdução de novas formas de processo simplificados, bem como de uma aplicação mais lata do princípio da oportunidade. Por isso que, a propósito, observaremos as diversas manifestações do princípio da oportunidade consagradas no Código de Processo Penal. Depois de caracterizadas as manifestações do princípio da oportunidade, procuraremos abordar em seguida, e ainda nesse mesmo contexto, a relação entre o instituto da suspensão provisória do processo e a mediação penal, suas similitudes e diferenças. Porque a reparação do dano surge como questão fundamental nesses dois institutos, importará, considerando também a crescente importância no Direito Penal, fazer referência às posições nucleares da doutrina neste domínio, que tomam a reparação do dano nomeadamente como uma “terceira via”, paralelamente às penas e às medidas de segurança. Esta questão reconduz-nos também à análise da natureza da reparação do dano no Direito Penal, através das concepções minimalistas e autonomistas do Direito Penal face à reparação do dano na mediação penal. Embora o recurso às formas de diversão do processo e às chamadas soluções de consenso e de oportunidade previstas no Código de Processo Penal a que sumariamente se fez referência estejam normalmente associadas à fase de Inquérito, são igualmente possíveis depois desta fase, ainda que com algumas limitações, às quais se irá por isso aludir. Ainda relativamente às soluções de consenso ao nível do processo, que assumem função legitimadora da participação dos cidadãos na justiça, e face à intervenção limitada da mediação no processo penal, levantam-se duas questões fundamentais no âmbito da fase de julgamento, que iremos abordar

a final. A primeira, amplamente debatida na doutrina e aqui abordada em um plano de direito a constituir, diz respeito ao problema da viabilidade da mediação penal nessa fase de julgamento. Conjuntamente com a possibilidade de na fase de julgamento poderem ser aplicadas medidas atenuantes da pena, através de alguns institutos processuais de natureza consensual, indagar-se-á da viabilidade de articular a mediação com os institutos aludidos, tendo em vista uma solução de consenso paralela à imposição de injunções e regras de conduta ao arguido. A segunda, prende-se com a problemática da suposta violação do princípio da presunção de inocência do arguido. Tomando a possibilidade de participação prévia do arguido em um processo de mediação e a eventual admissão de responsabilidade pela prática do crime no respectivo decurso, não existindo ainda nesse momento sentença de condenação, a possibilidade de violação do princípio da presunção de inocência do arguido emerge.

Ao longo da exposição *infra* iremos igualmente propor soluções para uma maior integração da mediação no processo penal português, apurando de que forma é possível, à semelhança do que sucede em outros ordenamentos jurídicos europeus, a sua articulação com os mecanismos legais existentes no sistema processual penal nacional.

CAPÍTULO I

O SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL

1.1. A Justiça Restaurativa

A mediação penal, também denominada no contexto internacional por mediação entre vítima e ofensor (*victim-offender mediation*), é uma prática que, embora integrada no sistema judicial, está associada à teoria da Justiça Restaurativa. A Justiça Restaurativa pode-se definir como “um processo através do qual, a vítima, ofensor e quando apropriado outros indivíduos ou membros da comunidade afectados pela prática de um crime, participam e decidem conjuntamente como lidar com os efeitos do crime, com a ajuda de um terceiro imparcial”¹. Esta “nova” corrente da Justiça, ligada à criminologia e à vitimologia, teve a sua implantação na sociedade moderna em 1974 no Canadá,² mais propriamente na cidade de Kitchener, através de um projecto-piloto integrado no sistema judicial denominado *Victim-Offender Reconciliation Project* (VORP). Este projecto pretendia confrontar a vítima e o agente responsável pela prática de um crime, para que, com a ajuda de um mediador, pudessem encontrar uma solução conjunta para a restauração e reparação do dano causado.

Esta experiência inicial, que resultou em um acordo de reparação entre vítima e ofensor, alargou-se posteriormente a outras cidades do Canadá e aos Estados Unidos da América e pretendeu dar resposta a um sentimento de frustração e distanciamento manifestado pelas vítimas face ao seu escasso envolvimento no processo de justiça criminal, até então direccionado sobretudo para a punição do ofensor. Na perspectiva da justiça tradicional, o crime é encarado como uma violação da lei contra o Estado, que assume o “verdadeiro” papel de vítima no processo. A teorização da Justiça Restaurativa durante as décadas de setenta e oitenta do século XX e o desenvolvimento da sua prática através da mediação entre vítima e

¹UNITED NATIONS, Economic and Social Council- Resolution 2001/12.-*Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. E/2002/INF/2/Add2 Annex, I.2.[Em linha].NY,USA,2002[Consult.em17Mar.2012].DisponivelemWWW:<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>

²Os seus princípios assentam em tradições culturais e religiosas através de outras práticas restaurativas, tais como, os círculos comunitários e familiares (*conferencing*), que ainda hoje estão presentes nas comunidades indígenas e *Maori* da América do Norte e Nova Zelândia, bem como na comunidade *Aborigine* da Austrália e que serviram de “modelo” para o seu desenvolvimento na década de 70. MARSHALL, Tony F.- *Restorative Justice: An overview*. Home Office report of Research Development and Statistics Directorate, UK, 1999, ISBN 1 84082 244 9, p.7.

ofensor deveu-se a vários factores. Talvez o mais significativo diga respeito à discordância sobre a forma como os sistemas de justiça criminal lidam, de um modo geral, com as vítimas e com os ofensores e a consequente ineficiência do modelo retributivo e reabilitivo de Justiça vigente. A falta de confiança no sistema legal, associada a uma crise de valores, que hoje se mantém, a ineficácia da coerção, a reduzida participação dos cidadãos no processo penal e a estigmatização da vítima e do ofensor contribuíram, decisivamente, para o surgimento e desenvolvimento das teorias restaurativas.

Outro factor impulsionador da Justiça Restaurativa que importa destacar foi a transposição para o panorama jurídico nacional de alguns países de certas práticas restaurativas ancestrais. Foi o que sucedeu com as conferências de grupo familiares e comunitárias (*conferencing*) desde há muito utilizadas pelas populações indígenas da América do Norte e pelas tribos *Maori* da Nova Zelândia na resolução de conflitos internos. O facto de os membros respectivos se verem envolvidos em processos judiciais de âmbito estadual cujos processos se lhes afiguravam estranhos e ininteligíveis levou a que o sistema de justiça criminal desses países tivesse necessidade de encontrar respostas legais ajustadas aos costumes locais, com novas formas de lidar com o conflito que implicam o envolvimento activo das comunidades, por meio de práticas adaptadas às tradições culturais³ Na Nova Zelândia, por exemplo, o sucesso destes modelos tradicionais de conferências de grupo, inicialmente confinados às comunidades *Maori*, conduziu à adopção dos ditos modelos a nível nacional, com consagração legal operada em 1989⁴. Em uma fase inicial, os modelos tradicionais de conferências de grupo em referência foram aplicados unicamente aos processos de justiça juvenil. A maioria desses processos era conduzida pela polícia ou pelo tribunal de família, com o objectivo de sensibilizar os jovens e a comunidade para os problemas e consequências do comportamento criminal. Para isso, a participação de todos nas conferências, nomeadamente dos jovens infractores, das vítimas, respectivas famílias e de membros da comunidade, revelou-se determinante. Na década de noventa do século XX, o modelo desenvolvido na Nova Zelândia foi institucionalizado e adaptado em diversos países que assumem como factor distintivo a existência de fortes tradições comunitárias. É o caso da

³ WILLEMSSENS, Jolien- Final Report of Agis Project JLS/2006/AGIS/17. In *Restorative Justice: An Agenda for Europe*. [Em linha]. European Forum for Restorative Justice, 2008 [Consult. 21 Jul. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Report%20The%20role%20of%20the%20EU.pdf>.

⁴ Através das conferências de grupo familiares (*family group conferences*) e das conferências de mediação (*mediation, conferences*), cf. NEWZELAND, LEGISLATION, *Children, Young Persons, and, their Families ACT 1989*, n.º 24, sections 20, 35, 170, 177. NewZeland [Em.linha]. [Consult. 14 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1989/0024/latest/DLM147088.html>

África do Sul e da Austrália, mas também de algumas cidades dos Estados Unidos da América.

No contexto da Justiça Restaurativa, os modelos tradicionais de conferências de grupo tornaram-se, assim, e depois da mediação entre vítima e ofensor, a prática restaurativa com mais expressão no sistema de justiça criminal dos países dianteiros na assunção desta nova forma de justiça. Nestes termos, a Justiça Restaurativa integra um conjunto de práticas que permitem a sua concretização, onde se incluem, para além da mediação entre vítima e ofensor e das conferências de grupo (*conferencing*) já assinaladas, também os círculos de sentença, que importa igualmente aflorar⁵.

Se a mediação entre vítima e ofensor envolve a participação da vítima e do ofensor, auxiliados por um mediador capacitado, os processos de conferência (*conferencing*) distinguem-se do processo de mediação designadamente pelo número de pessoas envolvidas e por serem dirigidos por um facilitador. Os processos de conferência podem incluir membros da família e os amigos, quer da vítima quer do ofensor, bem como outros membros da comunidade, contribuindo todos para o processo através de uma participação activa⁶. O objectivo de ambas as práticas restaurativas é o de encontrar soluções satisfatórias e razoáveis de reconciliação, restituição e reparação da vítima e procurar formas de reintegrar o ofensor e evitar a reincidência.

Já os círculos de sentença foram desenvolvidos no Canadá, com base nas tradições das comunidades indígenas e a primeira experiência institucional registada ocorreu em 1992 no tribunal territorial de Yukon⁷. Coordenados por uma “Comissão de Justiça Comunitária” (*Community Justice Committee*), os círculos de sentença também incluem a participação de familiares e amigos da vítima e do ofensor, bem como de membros da comunidade, tendo a

⁵ Para uma análise mais desenvolvida, cf. UMBREIT, Mark S.- Introduction: Restorative Justice Through Victim Offender Mediation. In UMBREIT, Mark S.- *The Handbook of Victim-Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. Ed. Jossey Bass Inc. Publishers, 2001. ISBN 0-7879-5491-8. p.xxv-xxxviii

⁶ O facilitador tem como função promover a comunicação entre os participantes, e a segurança de todos os envolvidos durante o processo. Podem também participar nas conferências de grupo, o agente de autoridade responsável pela detenção, bem como representantes do sistema de justiça criminal, incluindo técnicos de reinserção social e psicólogos. VAN NESS, Daniel W.- The Cornerposts of Restorative Justice. In VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks - *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice*. 4ª ed: Anderson Publishing, 2010. ISBN 978-1-4224-6330-7. p.68-69.

⁷ Naquele que ficou conhecido como o caso *Philip Moses*, um cidadão oriundo da comunidade nativa de Yukon, foi presente a Tribunal já com quarenta e três anteriores condenações pela prática de variados crimes. O Juiz deste caso, ao perceber a ineficácia do sistema penal, decidiu introduzir os círculos de sentença, recorrendo a alguns princípios da cultura nativa de Yukon. Cf. MADRONE, Serenity- *The History of Circle Sentencing*. [Emlinha]. Ehowlegal. [Consult. 15 Mar. 2011] Disponível em WWW: http://www.ehow.com/about_5387084_history-circle-sentencing.html

particularidade de estarem integrados nos tribunais e de poderem contar com a participação de Juízes, procuradores do Ministério Público e advogados de defesa.

Esta prática restaurativa é parte integrante do processo de audiência e julgamento e a ele semelhante no que diz respeito à possibilidade de a sessão ser gravada e aberta ao público e de existir o direito de recurso da decisão que venha a ser proferida pelo Juiz. Os círculos de sentença apenas têm lugar nos casos em que o ofensor tenha admitido a sua culpa, após o que o tribunal apresenta uma proposta de resolução do conflito que será discutida entre todos os intervenientes. O objectivo é chegar a um consenso na elaboração de um plano que tenha em consideração as necessidades da vítima, a protecção da comunidade, bem como a responsabilização e a reabilitação do ofensor. O resultado da decisão do círculo de sentença é posteriormente comunicada ao Juiz, que pode ou não ter participado no processo restaurativo, mas que não é obrigado a adoptar o mesmo veredicto, podendo rejeitar a proposta apresentada ou apenas aceitá-la parcialmente.

Nos casos encaminhados para os círculos de sentença, o ofensor pode ter de cumprir um período de encarceramento, além de outras sanções que podem incluir, por exemplo, a compensação e a restituição da vítima, o trabalho comunitário ou a prisão domiciliária⁸.

As práticas restaurativas explanadas são assim manifestações diversas dos modos de concretização da Justiça Restaurativa. Porém, independentemente da forma de concretização prática, importa identificar e densificar as mais importantes teorias que têm sido construídas em torno da natureza da Justiça Restaurativa.

É consensual entre os defensores da teoria restaurativa, que após a prática do crime a prioridade não deve ser a punição do agressor, mas sim a sua responsabilização, através da consciencialização dos danos que causou à vítima e a definição das necessidades da mesma. Uma questão bem diferente diz respeito à discussão em torno da autonomia ou da integração da Justiça Restaurativa no sistema de Justiça tradicional e o seu âmbito de aplicação, na perspectiva das teses denominadas de *minimalistas* e *maximalistas*, que se reconduzem, afinal, à delimitação da natureza da Justiça Restaurativa.⁹

⁸ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime - *Handbook on Restorative Justice programmes*. Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006. p.20-23

⁹ Nomeadamente Paul McCold, entre o principal defensor da tese *minimalista*, e da tese *maximalista* Lod Walgrave e Martin Wright. WILLEMSSENS, Jolien- Restorative justice: a discussion of punishment. In WALGRAVE, Lode- *Repositioning Restorative Justice*. Ed. William Publishing, 2003. ISBN 1-84392-016-6. p.29

Na abordagem *minimalista* ou purista, a prática da Justiça Restaurativa deve focar-se apenas no processo de comunicação e participação voluntária da vítima, do ofensor e da comunidade. Quer isto significar, desde logo, que a intervenção no processo restaurativo é absolutamente voluntária para todos os intervenientes. Este modelo é considerado “puro” porque exclui qualquer método de obediência legal, isto é, não pressupõe a existência de norma que o consagre, ao mesmo tempo que não permite qualquer possibilidade de coerção judicial. Assim, a abordagem *minimalista* ou purista concebe a Justiça Restaurativa como uma alternativa ao sistema de Justiça Tradicional. O Estado deve ser afastado da administração dos processos restaurativos, que devem ser geridos, unicamente, pela comunidade.

A tese *maximalista* opõe-se à visão da Justiça Restaurativa da tese *minimalista* que se enunciou, devido aos limites de aplicação nela implicados, nomeadamente no que respeita à voluntariedade absoluta que ali emerge. Considera a tese *maximalista* que a prática da Justiça Restaurativa deve transformar profundamente o modelo retributivo e reparador, gerando um novo modelo, o restaurativo. O modelo restaurativo deveria então ser integrado no sistema de Justiça Tradicional, substituindo, progressivamente, o modelo retributivo. Para isso, impõe-se consagração legal que salvaguarde os direitos, liberdades e garantias da vítima e do ofensor.

Por outro lado, no entender *maximalista*, restringir a prática restaurativa a processos estritamente voluntários significa confinar a aplicação da Justiça Restaurativa a pequenas causas. Para ampliar o seu campo de acção, nomeadamente aos crimes mais graves, é necessário aceitar que os processos restaurativos, sobretudo a mediação entre vítima e ofensor, não devem estar exclusivamente dependentes da boa vontade das partes como critério para a sua realização. Ao invés, devem poder ser impostas sanções restaurativas mais amplas no que respeita à sua aplicação, mesmo não sendo possível recorrer ao processo voluntário de mediação. Como exemplo de sanções possíveis podemos ter, nesta visão, o serviço comunitário ou o pagamento de uma quantia a instituições de apoio à vítima. Os autores *minimalistas* contestam esta posição, com o fundamento de que se a vítima e o ofensor não participarem voluntariamente e não puderem negociar directamente as formas de reparação, o impacto do processo restaurativo é muito reduzido¹⁰.

¹⁰ JACCOUD, Myléne-Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In *Justiça Restaurativa, Coletânea de Artigos*. Trad. de Positive Idiomas. Brasília-Brasil, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, 2005, p.173 e WALGRAVE, Lode-Restorative Justice Potentials and Key Questions. *European Best Practices of Restorative Justice in Criminal Procedure*, 2010. Conference Publication. Ministry of Justice and Law Enforcement of Republic of Hungary, 2010, p.30

Da nossa perspectiva, a Justiça Restaurativa deverá estar integrada no sistema de Justiça Criminal, com consagração legal expressa e inequívoca e acrescentando uma dimensão restaurativa à Justiça Tradicional. Como salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, não podemos afastar nem substituir o Estado, na sua função punitiva, pela Justiça Restaurativa, mas sim acrescentar alternativas à punição por via dela. Não partilhamos, pois, da visão restrita defendida pela perspectiva minimalista, do mesmo modo que não concordamos com a *maximalista* no que diz respeito à total substituição do modelo retributivo¹¹.

Em nosso entender, as práticas restaurativas devem assentar na participação voluntária da vítima, do ofensor e, eventualmente, da comunidade, e se estes não decidirem participar, a alternativa será dar seguimento ao sistema de justiça tradicional. Não existe portanto uma justiça totalmente restaurativa nem é possível substituir totalmente o actual modelo de justiça. As formas de justiça tradicional mantêm-se e irão manter-se para os casos em que a Justiça Restaurativa não possa ser aplicável por verificação ou não verificação de determinadas circunstâncias, como a exigência de ser garantida a segurança da vítima durante o processo restaurativo. Do mesmo modo, as formas de justiça tradicional são essenciais para os casos em que não haja manifestação de vontade em submissão ao processo restaurativo e, portanto, ausência de cooperação, ou quando não exista acordo entre a vítima e o ofensor no contexto das práticas restaurativas, nomeadamente no âmbito do processo de mediação¹².

Concordamos, no entanto, que o processo de participação voluntária e de comunicação entre a vítima, o ofensor e eventualmente a comunidade nas práticas restaurativas é uma condição essencial para a concretização dos objectivos a que se propõe a Justiça Restaurativa e que a diferencia do Sistema de Justiça Tradicional. Este é, aliás, o modelo actualmente

¹¹ Destaca-se a importância de incluir mecanismos restaurativos no sistema de justiça tradicional, com vista a uma justiça penal também ela restaurativa, sendo que uma total substituição do modelo retributivo por soluções comunitárias de pacificação de conflitos comportaria sérios riscos de controlo social e de repressão face à ausência das garantias do sistema de justiça penal. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo- O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas. In SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, POR OCASIÃO DOS 20 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS..Coimbra Editora, 2009.- *Que Futuro para o Direito Processual Penal?:* actas.p.815-816.

¹² No mesmo sentido, DUARTE, Caetano - A Justiça Restaurativa, In *Sub Judice*. ISSN 0872-2137. Ano de 2006 (Out-Dez), nº37. Almedina.p.51 e MARSHALL, Tony - Relationship of Restorative Justice to Legal Justice. In *Restorative Justice: An Overview*. Home Office Report –UK. Research Development and Statistics Directorate, 1999. ISBN 1 84082 244 9.p.8

dominante nos sistemas onde está implantada a mediação penal entre vítima e ofensor, bem como outras práticas restaurativas¹³.

1.1.2-Os Fins da Punição e a Perspectiva Restaurativa da Reparação do Dano

Na abordagem punitiva e restaurativa, o infractor é responsabilizado pela sua conduta e as suas circunstâncias pessoais e sociais são tidas em consideração. No entanto, se a Justiça Criminal se pauta essencialmente por critérios de proporcionalidade na determinação da medida da pena, de acordo com a gravidade do crime e razões de prevenção geral e especial, a Justiça Restaurativa, por sua vez, recorre a critérios de razoabilidade na procura de uma solução restaurativa necessária e aceitável que esteja de acordo com a gravidade do dano causado¹⁴.

Apesar de a função normativa ser dirigida às expectativas legítimas da vítima, a diminuta relevância que é atribuída à vítima é o resultado histórico do domínio do Estado centralizador e da pena como via para alcançar e perpetuar esse domínio. Na Justiça criminal, a gravidade do crime cometido determina a proporcionalidade da punição do agente, punição essa que pretende asseverar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. O crime é visto como uma intrusão nesse domínio e o Estado reage através do direito penal para reparar o dano causado. Assim, para a justiça criminal ou tradicional, a reparação do dano social só pode ser alcançada através da individualização e cumprimento de pena. Contudo, a ciência do direito penal tem abordado, ao longo dos tempos, as finalidades da pena sob diferentes perspectivas e de diferentes formas.

O surgimento das *teorias absolutas*, ligadas à justiça retributiva, e das *teorias relativas*, direccionadas para a prevenção geral e especial, está relacionado com a legitimação e fundamentação do direito penal e com as consequências jurídicas do crime. Embora partindo ambas do pressuposto da existência de um facto ilícito e culposo como condição da aplicação de uma pena, existem entre si diferentes posições sobre a respectiva finalidade.

¹³ Relativamente aos princípios para a implantação de programas restaurativos em matéria criminal, foi adoptada no ano de 2002 pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas, a Resolução 2002/12, onde se destaca, entre outros princípios, a necessidade da participação do ofensor, da vítima ou da comunidade no processo ser voluntária. UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime- *Handbook on Restorative Justice programmes*. Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006. p.5-10

¹⁴ No mesmo sentido, WALGRAVE Lode - Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. In HIRSCH, Von (e outros). *Restorative Justice and Criminal Justice*. Hart Publishing, 2003. ISBN 1-84113-518-6. p.64,74.

Para as *teorias absolutas*, nascidas no período da Antiguidade clássica e influenciadas pelo pensamento filosófico de Protágoras e Eurípedes, a pena é apenas um instrumento de retribuição, sendo entendida como um “castigo” pelo mal causado. A sua concepção tem por base a velha máxima baseada no princípio de talião, “olho por olho, dente por dente”, em que a pena lesa o mesmo valor que foi violado pelo crime. Entendido à luz do contexto cultural e religioso de então, o crime seria conotado como um “pecado” e a punição como uma “cura” para o mal do homem. Esta ideia de retribuição que hoje se afigura inadequada ao sentido da intervenção penal¹⁵, foi durante o período da Idade Média legitimada pela forte influência da Igreja e do seu Direito Canónico no que diz respeito à aplicação da pena e vista como um sinal da Justiça Divina, da qual o Juiz é representante na terra, perante os Homens.

A retribuição como verdadeiro e único fim da pena manteve-se através da influência do pensamento filosófico de Kant e Hegel nos finais do séc.XVII e séc.XVIII, como reacção ao sistema proposto por alguns autores, nomeadamente por Beccaria, que apoiava a ideia da pena com uma finalidade exclusivamente preventiva e de carácter normativo. Na obra deste autor intitulada *Dei delitti e delle pene*, datada de 1764, é sustentada a defesa do princípio da separação de poderes e a determinação da pena apenas pela lei - «*nulla poena sine lege*»¹⁶. Ora, este é um contributo decisivo para a reforma do direito penal e para a “humanização” das penas. Esta mudança representou o fim de um Direito penal de carácter metafísico, apoiado em fundamentos religiosos, e o início de um Direito penal de carácter legal e racional, legitimado apenas pelas necessidades humanas no que diz respeito à aplicação das penas.

As *teorias relativas*, emergentes durante o período do Iluminismo, classificam como crime merecedor de punição jurídica pelo Estado apenas as acções externas, ou seja, aquelas que produzem um dano à sociedade e aos seus membros, excluindo todas aquelas que constituem mera violação de uma lei moral ou de um princípio religioso. Para os Iluministas, a retribuição e a sua finalidade em combater o mal do crime com o mal penal não deve ser aceite porque o que se pretende é evitar a prática de novos crimes. Assim sendo, a pena deve ser um instrumento de prevenção geral e especial, destinada a agir sobre a generalidade dos membros da comunidade e sobre o infractor.

¹⁵ Na perspectiva da pena retributiva dissociada de qualquer finalidade preventiva que contribua para a ressocialização do agente e para o restabelecimento da paz jurídica entre a comunidade afectada pela prática do crime. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Teorias Absolutas: A Pena como Instrumento de Retribuição*. In *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da Doutrina Penal, sobre a Doutrina Geral do Crime*. Coimbra editora, 2001. ISBN 972-32-1012-6. p.70-72.

¹⁶ Segundo o autor, apenas as leis escritas podem determinar as penas correspondentes ao delitos, pertencendo esse poder ao legislador que, deste modo representa toda a sociedade. BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1998. Título original: *Dei Delliti e Delle Pene*. ISBN 972-31-0816-X. p.64-67.

Para as doutrinas de *prevenção geral*, que tiveram em Feurbach um dos seus principais defensores, o Estado, para impedir o cometimento de crimes, deverá exercer um tipo de coacção que se pode afirmar psicológica, através da intimidação dos cidadãos que possam ter tais tendências, e isso consegue-se pela punição do infractor. Estamos perante a denominada *prevenção geral negativa*, que, por intermédio da ameaça penal, actua sobre os potenciais delinquentes. Porém, o fim da pena não pode ser admitido nesta perspectiva de intimidação, de pendor negativo, e deve, na perspectiva da *prevenção geral positiva*, contribuir para manter e reforçar a confiança de todos os cidadãos na validade e eficácia das normas ligadas à protecção dos bens jurídicos¹⁷. As doutrinas de *prevenção especial*, desenvolvidas pela Escola positivista Italiana e Alemã na segunda metade do século XIX, centram-se na pena como um instrumento de actuação sobre a pessoa que praticou o crime, visando a prevenção da reincidência e a sua reinserção social¹⁸. A crítica dirigida às *teorias relativas*, proveniente dos apologistas das *teorias absolutas*, prende-se com a suposta violação da dignidade humana, uma vez que a aplicação da pena ao delinquentes com uma finalidade de prevenção geral transformaria a pessoa num mero objecto ao serviço do Estado.

Não nos parece plausível uma tal posição, sobretudo em virtude da necessidade de existência de mecanismos de prevenção que regulem a sociedade e da restrição, ainda que mínima, dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos com o objectivo de protecção dos bens jurídicos, cuja tutela penal se afigura necessária, mediante a exigência de proporcionalidade na actuação do Estado¹⁹.

O ressurgimento da retribuição numa óptica relativa, assente na medida da culpa do agente e não na finalidade da pena, tem sido defendida nas últimas décadas pelas denominadas *teorias mistas*, que procuram combinar as teorias da retribuição com as do pensamento preventivo²⁰. O abandono da retribuição, enquanto função da pena, e a sua substituição pelas ideias preventivas, não minimiza a sua finalidade, em sentido moderno, de satisfazer a exigência social de punição e de, simultaneamente, actuar com uma função preventiva para restabelecer a confiança e a consciência jurídica dos cidadãos. A culpa é a

¹⁷ Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: Os Critérios da Culpa e da Prevenção*. Coimbra Editora, 1995. Fls. 319-325. Dissertação de Doutoramento.

¹⁸ A propósito das teorias dos fins das penas cf. CORREIA, Eduardo - Os Fins Das Penas. In *Direito Criminal*. Vol. I, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1993. p. 39-61 e DIAS, Jorge de Figueiredo - *Op.cit.* - p. 67-87.

¹⁹ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo - Finalidades e limite das penas criminais - In *Direito Penal, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Parte Geral, Vol. I, 2ª Ed. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6. p. 78-81.

²⁰ As teorias mistas ou unificadoras dividem-se por seu lado em dois grupos consoante na sua combinação esteja presente a ideia da retribuição ou apenas ideias preventivas. Entre os seus defensores, Liszt, e na doutrina Portuguesa, CORREIA, Eduardo - *Op.cit.* - p. 62-66.

condição e limite máximo da pena retributiva, uma vez que “*em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa*”, conforme resulta do disposto no artigo 40º, nº2 do Código Penal Português. No entanto, a determinação da medida da pena pode ser fixada abaixo desse limite, em função das exigências preventivas, nos termos do artigo 71.º do mesmo Código. De acordo com esta perspectiva, a pena como exigência retributiva não pode deixar de ter uma função preventiva, necessária à protecção dos bens jurídicos e à reintegração do agente na sociedade.

Na perspectiva criminológica, a importância da vítima no sistema penal depende, de certa forma, da abordagem retributiva ou preventiva do direito penal. Em um sistema penal baseado na retribuição, trata-se, como vimos, de retribuir o mal ou o dano causado à vítima, através da sanção penal. O direito penal na visão retributiva centra-se no passado e na lesão dos direitos e interesses da vítima no plano moral, na medida em que pretende compensar o mal do crime com o mal da pena.

Por seu lado, o direito penal orientado para a prevenção ocupa-se da vítima de uma forma superficial, uma vez que o seu objectivo é, como já foi referido anteriormente, evitar que no futuro o ofensor cometa novos crimes, dissuadir os potenciais delinquentes e reforçar a confiança da sociedade nas normas jurídicas. Assim, a lesão dos interesses da vítima não constitui o fundamento das consequências jurídico-penais do crime, mas sim um mero indicador de valoração da probabilidade de serem cometidos tais delitos. Nesta medida, o Direito Penal preventivo, centrado no ofensor e no Estado, veio sobrepor-se à vítima e à satisfação dos seus interesses. Tal afirmação não significa que pugnem pela defesa que se haja regressado às concepções retributivas, mas antes que se denota uma necessidade evidente de maior protagonismo da vítima no direito penal moderno, através da criação de mecanismos adequados de compensação e de restauração²¹.

A punição é um meio de intervenção do Estado para alcançar o cumprimento das normas. Não obstante, duvidamos que a sua aplicação seja a forma mais adequada para a efectiva restauração do dano, podendo mesmo funcionar como seu obstáculo. A procura de uma sanção proporcional ao dano causado, através da punição, pretende acima de tudo actuar como factor de protecção e segurança dos cidadãos em geral e, nesse sentido, considera-se adequada. No entanto, através dessa mensagem de desaprovação social face ao comportamento criminal, a aplicação da pena pode impor um entrave ao esforço do ofensor

²¹ Assim, HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz – *La Concepción Ideológica Del Derecho Penal Y Su Repercusión En La Consideración De La Víctima- Introducción a La Criminología*. Valencia: tirant lo blanch, 2001. ISBN 84-8442-391-3, p.211-217.

em reparar e compensar a vítima, desde logo porque prevalece a imposição legal dessa mesma reparação e bem assim a sua responsabilização criminal, por meio de aplicação de uma pena.

Em nosso entender, este processo poderá ser mais eficaz se o ofensor cooperar e participar voluntariamente no processo de reparação ou compensação da vítima. Desde logo, porque esta sua participação possibilita uma responsabilização activa, funcionando também como um factor de compreensão pelos danos causados e porque, consequentemente, permite que um possível acordo resultante da resolução do conflito possa ser mais eficaz e duradouro, uma vez que o mesmo não deriva de uma imposição judicial, mas sim da vontade dos intervenientes no processo restaurativo, designadamente da vítima e do ofensor²². É, precisamente, ao processo de reparação ou compensação da vítima que se dedica a explanação seguinte.

1.1.3-Os Princípios da Justiça Restaurativa

Como anteriormente sustentado, verifica-se no processo penal, em virtude das suas exigências normativas, uma perda do sentido pessoal que o mesmo deveria comportar. O sistema de Justiça tradicional não está concebido para que a vítima, através de um processo comunicativo, descreva as consequências, nomeadamente emocionais, que a prática do crime gerou em si mesma, ou para que possa questionar o ofensor, já que esse papel cabe aos seus representantes legais ou ao Estado²³. A verdade é que cada vítima entende e experiencia o crime de forma diversa e as suas necessidades baseiam-se na experiência e sentimentos assim gerados.

²² A mensagem de desaprovação social manifestada através da punição do agente, pelo sistema de justiça criminal, ainda que possa ser eficaz na sua função junto da comunidade em geral, tem um alcance limitado no que respeita à vítima e ao ofensor, uma vez que devido à sua natureza adversarial, não privilegia o diálogo e a comunicação construtiva entre estes sujeitos processuais, podendo mesmo constituir um obstáculo a este processo e à responsabilização construtiva do ofensor. No mesmo sentido, WALGRAVE, Lode – *Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach*. In WALGRAVE, Lode – *Restorative Justice and the Law*.UK:Willan Publishing,2002.ISBN 1-903240-96-4.p.199-200 e também ZEHR, Howard - *The Offender.Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*.USA: Herald Press,1990.ISBN 0-8361-3512-1.p.40-43.

²³ Na perspectiva da apropriação do conflito pelo Estado, aos seus verdadeiros proprietários, cfr. CHRISTIE,N.- *Conflict as Property*. [Em linha] In *The British Journal of Criminology* (January 1977), vol.17, Nº1. Carleton University Library, actual.26Out.210. [Consult.19Mar.2012]. Disponível em WWW: <http://bjc.oxfordjournals.org/content/17/1/1.full.pdf>

A Justiça Restaurativa, mais do que um simples processo, é um sistema de valores e de princípios assentes na reparação do dano, na participação, no envolvimento e na responsabilização dos indivíduos. Na sua génese, está a abordagem do comportamento criminal como causador de danos às vítimas e à comunidade, não sendo assim encarado como uma violação da lei contra o Estado. A esta visão restaurativa do comportamento criminal surgem associados três elementos, de naturezas social, participativa e reparadora, através dos quais se consubstancia uma mudança de paradigma face ao conceito de crime, porquanto a realização da justiça começa na vítima e na satisfação das suas necessidades²⁴.

A vítima pretende acima de tudo ser reparada pelos danos sofridos e essa reparação pode ser de ordem material, normalmente através de uma compensação financeira, em moldes semelhantes aos que emergem de um pedido de indemnização cível, ou de ordem emocional, através de um pedido de desculpas por banda do ofensor. No entanto, para que o “ciclo” do processo de reparação esteja completo, a vítima necessita também de questionar e obter respostas junto do ofensor, no sentido de perceber os motivos da prática do crime e de poder expressar de que modo isso a afectou. É não só uma forma de poder ultrapassar a situação vivenciada, porque sente que está a ser ouvida no processo, como também uma forma de o ofensor, ao escutar, entender as consequências da sua conduta.

Este processo corresponde ao que a doutrina costuma denominar de *empowerment*²⁵. Com efeito, a vítima assume-se como verdadeiro sujeito com poder conformador no processo restaurativo, isto é, toma sobre si o poder para determinar o *se*, o *como* e os demais termos desse processo. Este é um valor fundamental da justiça restaurativa e está relacionado com o princípio da participação no processo restaurativo. Como consequência do crime, é frequente a existência de um sentimento de vulnerabilidade aliado à impotência sentidos pela vítima, manifestações, afinal, de falta de controlo e de capacidade emocional de que a vivência do

²⁴ *O elemento social* está relacionado com a percepção do crime e é entendido como uma perturbação das relações humanas, mais do que a simples da violação da lei contra o Estado, enquanto que *o elemento participativo ou democrático* é condição no processo de qualquer prática restaurativa, de forma a ser alcançada a reparação e a responsabilização do ofensor. *O elemento reparador*, por seu lado surge como uma consequência dos elementos anteriores, uma vez que a procura do restabelecimento das relações humanas, por intermédio do elemento participativo participação, conduz à procura de formas de reparação da vítima. Assim, PELIKAN, Christa – Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: Justiça Restaurativa e Justiça Criminal. In PROJECTO DIKÊ, SEMINÁRIO “PROTECÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIME NA EUROPA”. Lisboa: APAV, 2003.

²⁵ Trata-se de “o acto de dar poder a alguém”, ou o empoderamento, não só da vítima mas também de todos os envolvidos no processo, no sentido de falarem abertamente acerca das suas experiências emocionais decorrentes da prática do crime. BARTON, Charles - *Restorative Justice Empowerment*. [Em linha]. Australian Journal of Professional and Applied, vol. 2, no. 2, 2000. [Consult. 19 Mar. 2012]. Disponível em WWW: http://www.voma.org/docs/barton_rje.pdf

crime a impregnou. A possibilidade de a vítima poder vir a fazer escolhas e tomar as suas próprias decisões no processo restaurativo pode contribuir para que lhe seja devolvido o sentimento de segurança, e fortalecer deste modo a sua reintegração emocional e social²⁶. O princípio da participação está, como se revela evidente, associado ao processo restaurativo e envolve como condição para a restauração do dano, pelo menos, a assunção da responsabilidade por parte do ofensor e a participação voluntária da vítima, do ofensor e, eventualmente, da comunidade.

Olhando agora especificamente para o ofensor no contexto da reparação ou da compensação do dano, não se pretende, apenas, que o ofensor seja responsabilizado perante a vítima e perante a comunidade. Mais do que isso, visa-se que o ofensor entenda, como já foi referido, as consequências dos seus actos. Ao direccionar estas consequências menos para si próprio e mais para os efeitos provocados na vítima e na respectiva família, procura-se uma responsabilização consciente. Por outras palavras, não se reclama neste contexto definir e aplicar a consequência jurídica, a medida da pena ajustada ao ofensor, por referência à gravidade do facto praticado e demais critérios legais vigentes. O que está verdadeiramente em causa é gerar no ofensor a capacidade de compreender as consequências dos seus actos na esfera da vítima e da sua família. No entanto, para que exista responsabilização e alteração de comportamento, também aqui a justiça restaurativa, apesar de particularmente centrada na vítima, entende ser importante atender às necessidades do ofensor.

No decurso do processo restaurativo, procura-se encorajar a empatia do ofensor para com a vítima e a transformação pessoal do sentimento de vergonha e culpa que possam ser sentidas pelo ofensor numa oportunidade de mudança e de integração na comunidade, realçando as suas qualidades pessoais, tais como o arrependimento e a compreensão perante o outro. Note-se que mesmo a comunidade pode ser vítima no processo restaurativo, uma vez que a sua segurança e harmonia não deixa de ser afectada pela prática do crime e portanto pela conduta do ofensor. Por isso mesmo, é igualmente importante atender às necessidades da comunidade. Porém, a prática de um crime também gera responsabilidades para a comunidade, uma vez que ela deve contribuir para o bem-estar dos seus membros, incluindo vítimas e ofensores, e bem assim para a restauração da paz social²⁷.

²⁶ Assim, JOHNSTONE, Gerry – The experiences and needs of victims. In JOHNSTONE, Gerry- *Restorative Justice: Ideas, Values and Debates*. William Publishing, 2002. ISBN 1-903240-42-5. p.64-66.

²⁷ No mesmo sentido, ZEHR, Howard- An Overview. In ZEHR, Howard- *The Little Book of Restorative Justice*. USA: Good books., 2002. ISBN 978-1-56148-376-1. p.16-18.

Apesar da importância da participação da comunidade no processo restaurativo, a sua presença é mais visível nos Países Anglo-saxónicos²⁸, sob a forma de conferências de grupo (*conferencing*). Aí, o Estado tem um papel menos interventivo na vida dos cidadãos e a comunidade assume uma maior importância, como acontece nas micro-comunidades (*communities of care*) ou nas comunidades locais onde as pessoas vivem muito próximas e interagem mais entre si²⁹.

1.2- O Processo de Mediação entre Vítima e ofensor

Genericamente, a mediação não visa somente a resolução do conflito, mas também a reconciliação das partes, contribuindo deste modo para a integração do ofensor na sociedade e para a pacificação social. Ao pretender atender às necessidades individuais, a mediação penal como prática restaurativa promove, com a ajuda de um mediador, a comunicação e partilha de sentimentos de uma forma livre. Acredita-se desde logo que as partes em litígio constituem o melhor ponto de partida e mesmo o melhor veículo no processo de construção de soluções para os seus problemas. Neste sentido, a mediação confere à vítima e ao ofensor plenos poderes para a resolução do seu conflito.

A mediação no âmbito penal centraliza-se na procura de uma resolução “restaurativa” do conflito, não adversarial, envolvendo activamente vítimas e ofensores de modo a reparar, na medida do possível, os danos emocionais e materiais causados pela prática de um crime³⁰. Para a concretização destes objectivos, existem no processo de mediação penal entre vítima e ofensor requisitos e procedimentos próprios.

²⁸ Sobretudo no Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia. Veja-se o desenvolvimento do *conferencing* nestes Países em LIEBMAN, Marian – A Brief History of Restorative Justice. In *Restorative Justice:How it Works*.USA:Jessica Kingsley Publishers,2007.ISBN 978-1-84310-074-4.p.41-45.

²⁹ As micro-comunidades surgem por oposição às macro-comunidades e são compostas pelo núcleo de pessoas, que desenvolvem entre si, uma relação pessoal e que partilham mutuamente emoções e experiências e onde se incluem familiares, amigos e outros membros da comunidade cujas acções individuais têm influência no comportamento dos restantes. Sobre o papel destas comunidades na Justiça Restaurativa, COLD,Paul Mc. – What is The Role of Community In Restorative Justice Theory And Practice?. In ZEHR,Howard; TOEWS, Barb- *Critical Issues in Restorative Justice*.NY,USA:Criminal Justice Press, 2004.ISBN 1-881798-51-8.p.155-161.

³⁰ Assim também, ALMEIDA, Carlota Pizarro de- A Mediação Perante os Objectivos do Direito Penal.In A INTRODUÇÃO DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-AGRESSOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS:COLÓQUIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO,2004.MINISTÉRIO DA JUSTIÇA,Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial.Almedina,2005.ISBN 972-40-2585-3.p.39-41.

É desde logo necessário que o ofensor aceite, ou não negue, a sua responsabilidade pela prática do crime. Por outro lado, é igualmente necessário que tanto o ofensor como a vítima estejam dispostos a participar no processo de mediação. Um terceiro requisito normalmente identificado para que se possa recorrer à mediação é que tanto a vítima como o ofensor considerem que estão reunidas as condições de segurança para o seu envolvimento no processo³¹.

Nos quadros da mediação, a vítima tem oportunidade de se encontrar com o ofensor, num local neutro e informal, que deve assegurar a necessária confidencialidade. Neste processo, o mediador, em sessões individuais ou conjuntas, estimula as partes a manifestarem os seus interesses, sentimentos e questões que acharem pertinentes para a resolução do conflito e que sejam mutuamente satisfatórios. Com a ajuda do mediador, a vítima tem oportunidade de transmitir ao ofensor de que forma se sente afectada pela prática do crime e obter da parte deste último respostas para as suas questões. O ofensor é directamente responsável pelo seu comportamento e como tal deve perceber as consequências das suas acções e desenvolver em conjunto com a vítima um acordo de reparação que seja adequado e satisfatório³².

Apesar de a mediação ser um processo informal, deve obedecer a um conjunto de princípios que garantam, não só a eficácia do processo, mas também a necessária protecção legal dos intervenientes. De entre os princípios caracterizadores do processo de mediação destacam-se os princípios da voluntariedade das partes, da confidencialidade e da imparcialidade. Olhemos atentamente para cada um deles.

O princípio da voluntariedade das partes diz respeito à espontaneidade da participação no processo de mediação. Sendo a intervenção no processo de mediação absolutamente voluntária, tanto a vítima como o ofensor têm a liberdade de escolher ou não esse método como forma de lidar com o seu conflito. Depois, durante o processo, podem também tomar as decisões que melhor lhes convier com total liberdade. Assiste-lhes, nomeadamente, a possibilidade de optar pela continuidade do processo de mediação, ou não, bem como determinar o conteúdo do acordo. Assim, a voluntariedade é um princípio demarcante do

³¹ Como tal, são igualmente requisitos essenciais para a realização do processo de mediação entre vítima e ofensor, cf. UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime, - *Handbook on Restorative Justice programmes*. Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006, p.17-18

³² Acerca dos factores condicionantes do processo de mediação, cf. SMITH, Craig R. - *Mediation: The process and the Issues* [Em linha]. Ontário: Queens University, 1998. [Consult. em 24 Mar. 2012] Disponível em WWW: <http://irc.queensu.ca/gallery/1/cis-mediation-the-process-and-the-issues.pdf>, cf. GREENWOOD, Jean. - Guidelines for Victim-Sensitive Mediation and Dialogue with Offenders. In UMBREIT, Mark S. - *The Handbook of Victim-Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. Ed. Jossey Bass Inc. Publishers, 2001. ISBN 0-7879-5491-8. p.19-22

processo de mediação. No entanto, existem situações em que o mediador pode dar por terminada a mediação antes da conclusão do respectivo processo e independentemente da manifestação de vontade nesse sentido ou em sentido oposto por parte do ofensor e da vítima. É o que sucede por exemplo nos casos em que o mediador se apercebe de uma conduta de má fé ou da existência de ameaça de violência física por parte de algum dos intervenientes no processo de mediação em relação ao outro³³.

A confidencialidade é outro princípio fundamental na mediação e traduz-se na impossibilidade de a vítima, ofensor e mediador revelarem o teor das sessões de mediação a terceiros, ou de estas serem valoradas como prova em tribunal. Este princípio é extensível ao facto de o mediador não poder, em regra, ser chamado a depor em procedimento judicial como testemunha ou a outro título relativamente a factos que respeitem ao processo de mediação em que intervém como mediador. Por isso, no início do processo de mediação e logo que ofensor e vítima manifestem vontade em submeter o conflito a mediação, é assinado um termo de consentimento, no qual todos os presentes, ofensor, vítima, mediador e outras pessoas que tenham intervenção nas sessões de mediação, se comprometem a respeitar este princípio.

O princípio da confidencialidade e a sua promoção neste contexto permite a existência de confiança no processo, essencial para a vítima e ofensor partilharem toda a informação que tenham por relevante livremente com o mediador, uma vez que sabem que o que vier a ser revelado durante as sessões de mediação não pode posteriormente ser utilizado em prejuízo dos intervenientes. Porém, também existem excepções ao dever de confidencialidade, nomeadamente quando a vítima e o ofensor livremente consentirem na subsequente divulgação da informação ou sempre que estejam em causa situações em que possa estar em perigo a vida dos intervenientes no processo de mediação ou de terceiros. Neste caso, o mediador pode quebrar o sigilo e fazer uma denúncia às autoridades competentes³⁴.

³³ Sobre as excepções ao princípio da voluntariedade, cf. WILDE, Zulema D; GAIBROIS, Luis M.- *O Que é a Mediação*. Trad. de Soares Franco. Direcção Geral da Administração Extrajudicial. Coimbra Editora, 2003. ISBN 9789729758454, p.72

³⁴ Bem como quando estejam em causa infracções legais ou a ordem pública, cf. CÓDIGO EUROPEU DE CONDUCTA DOS MEDIADORES. N.º 4. [Em linha]. UNIÃO EUROPEIA, 2004. [Consult. em 25 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.forum-mediacao.net/codigoCondutaEuropeu.pdf>. Também neste sentido, caso o mediador tenha conhecimento, no decurso da mediação, da tentativa ou prática de um crime grave, COUNCIL OF EUROPE- *Recommendation No R (99)19 of The Committee of Ministers to member States concerning mediation, in, penal, matters*. Sector V, n.º 30. [Em linha]. 1999. [Consult. 26 Mar. 2012] Disponível em WWW: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=DC>

Já o princípio da imparcialidade está relacionado com a actividade do mediador. O mediador é um terceiro imparcial, uma vez que não defende, representa ou aconselha nenhuma das partes, nem tem qualquer interesse próprio nas questões relacionadas com o conflito. A sua função é apenas a de auxiliar a vítima e o ofensor a chegarem a um acordo, agindo como um facilitador de comunicação entre ambos³⁵. Chegados a este ponto, explicados que foram os objectivos da mediação penal, como se posicionam vítima e ofensor no processo de mediação e bem assim os princípios por que se pauta a mediação penal³⁶, é chegado o momento de olhar detalhadamente para as fases do processo de mediação entre a vítima e o ofensor.

Se, como se explicou acima, de acordo com o princípio da participação voluntária, a vítima e o ofensor devem ter a liberdade de poder optar ou não pela mediação como caminho para a resolução do seu conflito, torna-se evidente que essa tomada de decisão implica a percepção da existência desse direito e suas implicações subsequentes no processo de mediação. Assim, para que as decisões a tomar pelo ofensor e pela vítima sejam informadas, desde logo no que respeita ao assentimento de submissão do caso a mediação, é necessário que, antes de qualquer outro estágio do processo de mediação, sejam conhecedores dos objectivos e das regras da mediação, bem como do papel do mediador nesse processo. Para que tal suceda, existe uma fase denominada de *pré-mediação*.

A fase de pré-mediação destina-se a prestar esclarecimentos ao ofensor e à vítima sobre o processo de mediação, nomeadamente no que à voluntariedade, confidencialidade e imparcialidade, princípios já explanados, diz respeito. Atentando especificamente na voluntariedade, é necessário que o mediador explique com clareza as suas implicações, já que ofensor e vítima podem, à sua luz, aceitar ou rejeitar submeter o caso a mediação ou, mesmo aceitando em um momento inicial, decidir por termo ao processo de mediação em qualquer momento subsequente, desde que durante a existência do processo de mediação. Por outro lado, durante a pré-mediação, cabe também ao mediador informar o ofensor e a vítima dos demais direitos que lhes assistem, nomeadamente a possibilidade de receberem

³⁵ Acerca da função do mediador e da sua relação com os mediados, cf. VEZZULLA, Juan Carlos- Do Mediador, da sua relação com os mediados. In *Mediação: Teoria e Prática, Guia para Utilizadores e Profissionais*. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Judicial. 2º ed. Agora Comunicação, 2005. ISBN 972-97584-8-4. p.43-57

³⁶ A propósito dos princípios gerais do processo de mediação em matéria penal, ainda COUNCIL OF EUROPE- *Recommendation No R (99)19 of The Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters*. Appendix, part II- General principles. [Em linha]. 1999. [Consult. 26 Mar. 2012] Disponível em WWW: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=DC> e cf. LEI N°21/2007 de 12 de Junho. Artigo 4º. In. *Diário da República, 1ª Série- N°112-12 de Junho de 2007*

aconselhamento jurídico durante o processo de mediação e bem assim de se fazerem acompanhar por advogado nas sessões de mediação³⁷. Esta informação revela-se de grande importância. Com efeito, o advogado pode ter um papel importante na mediação, não na qualidade de intermediário ou representante que fala em nome dos seus clientes, como acontece no processo judicial, mas sim como auxiliar na orientação sobre as consequências jurídicas dos actos praticados e das posições adoptadas perante o processo de mediação, bem como dos compromissos que vierem a ser assumidos nesse contexto. Note-se que a eventual intervenção do advogado nesta sede não se pode ter nunca por resumida à figura do ofensor, pois que também a vítima é merecedora de idêntico apoio e acompanhamento³⁸.

Para o agendamento da sessão de pré-mediação a que se vem aludindo o mediador deve contactar sempre em primeiro lugar o ofensor e só no caso de obter o seu consentimento em estar presente na sessão de pré-mediação é que irá contactar posteriormente a vítima, buscando idêntico consentimento. A ordem explanada para o estabelecimento dos contactos é imperativa. Isto porque se o mediador contactar a vítima primeiramente e esta anuir em participar, pode dar-se o caso de o ofensor não dar o seu consentimento, frustrando-se assim a possibilidade de haver lugar à sessão de pré-mediação quanto a vítima já havia anuído. Todavia, tal situação pode fazer com que a vítima se sinta revitimizada, porque ao aceitar intervir na sessão de pré-mediação criou falsas expectativas na resolução do conflito, não lhe sendo dada essa oportunidade por parte do ofensor. Ora, por esta via estar-se-ia a dar um novo poder do ofensor sobre a vítima. A vítima já experienciara o crime, fora vítima do ofensor uma primeira vez. Disponibilizando-se a participar em um processo de superação do conflito, depois rejeitado pelo ofensor, ficaria uma vez mais sujeita à vontade unilateral deste, vivenciando novamente sentimentos de frustração e de impotência perante a vontade e os actos do ofensor. De novo se sentiria vítima. É esta dupla vitimização que o contacto com o ofensor, em primeiro lugar, para efeitos de marcação da sessão de pré-mediação, pretende evitar³⁹.

Um outro não menos importante objectivo desta fase do processo é o de avaliar se a mediação é o procedimento adequado ao caso concreto. Por isso, em regra a sessão de pré-

³⁷ Tal direito aplica-se a qualquer processo restaurativo, conforme resulta das garantias de salvaguarda da vítima e do ofensor. Assim disposto em, UNITED NATIONS, Economic and Social Council- Resolution cit.III- *Operation of restorative justice programmes*, n.º13.a)

³⁸ No mesmo sentido, SOUSA, Aiston Henrique de – A mediação no contexto do sistema de solução conflitos. In SLAKMON Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz - *Novas direcções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.p.537

³⁹ Assim, UMBREIT, Mark S. – *Guidelines for Victim – Sensitive Mediation and Dialogue With Offenders*. [Em linha]. U.S Department of Justice, Office of Justice Programs, 2000. [Consult. 03 Abr. 2012]. Disponível em WWW: https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/96517-gdlines_victims-sens/guide5.html

mediação é individual, isto é, tem lugar primeiro entre o ofensor e o mediador e depois entre este e a vítima. Assim, depois de realizadas as apresentações no início da sessão de pré-mediação, o mediador convida o ofensor e logo que reúna com a vítima também esta, a falar um pouco sobre o problema que os conduziu à sessão de pré-mediação, no sentido de perceber qual o grau de adversariedade que existe entre ambos e se é ou não possível a manutenção de encontros ou sessões de mediação conjuntas, através da chamada mediação directa.

É possível que em certos casos de elevada adversariedade a vítima não esteja psicologicamente preparada para ser confrontada com o seu agressor e, por razões de receio ou mágoa, pode mesmo não o desejar. Em tais situações, o mediador ou opta por não prosseguir com a mediação, porque pode estar mesmo em causa a integridade física dos participantes e é muito difícil, senão impossível, a comunicação e cooperação entre ambos, ou então recorre ao método da mediação indirecta, através de entrevistas realizadas de modo individual, ora com o ofensor ora com a vítima.

Nesta forma de mediação indirecta, que visa “preparar” a vítima para o seu encontro com o ofensor, o mediador utiliza diversas técnicas para procurar quebrar a adversariedade que diagnosticou em momento prévio⁴⁰. Uma vez que aqui não se estabelece uma comunicação directa entre vítima e ofensor, cabe ao mediador transmitir entre eles a informação que pretendam partilhar.

Em nosso entender, este método não deve ser visto como um substituto da mediação directa, mas sim como um mecanismo utilizado para tentar estabelecer o diálogo e a cooperação, em prol da realização da verdadeira Justiça Restaurativa, que só é plenamente alcançável com a presença simultânea de vítima e ofensor na mediação⁴¹. Como se explicou *supra*, na pré-mediação o ofensor e a vítima recebem informação sobre o processo de mediação. Existindo vontade de ambos em prosseguir com o processo de mediação, é

⁴⁰ Tal como sucede na mediação directa, o mediador utiliza técnicas verbais de mediação, através do questionamento e também técnicas não verbais, baseadas na comunicação gestual e corporal, procurando desta forma gerar empatia e confiança para com a vítima e para com o ofensor, de modo quebrar a adversariedade que possa existir entre ambos. Assim, BUTLER, Valerie F. – *Mediation: Essentials and Expectations*. USA, 2004. Dorrance Publishing Co, Inc. ISBN 0-8059-6168-2. P.40-41

⁴¹ Neste sentido, ALMEIDA, Carlota Pizarro de – A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, nº3 (Jul-Set.2005). Coimbra Editora. p.405. cfr. também UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime, – Victim-offender mediation. In *Handbook on Restorative Justice programmes*. Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006. p.18

assinado pelo ofensor, pela vítima e pelo mediador, aquilo que se designa por termo de consentimento. Trata-se de um documento em que todos se comprometem a respeitar as regras do processo de mediação.

A mediação tem o seu início com a fase da *abertura*. O objectivo desta fase é o de transmitir confiança no procedimento e no mediador para que vítima e ofensor possam expôr o seu problema sem rodeios nem receios. O mediador descreve sumariamente como a sessão de mediação vai decorrer e reforça alguns aspectos importantes, nomeadamente a questão do sigilo, que deverá estar presente em toda a informação que vier a ser partilhada, e o respeito por que se deve pautar cada intervenção do ofensor e da vítima, sem interrupções mútuas, para que o mediador possa compreender o problema e auxiliar o ofensor e a vítima na resolução do problema que os opõe.

Segue-se a fase da *investigação*. O mediador convida a vítima e ofensor a trazer a sua versão dos factos e posteriormente formula as perguntas necessárias para recolher toda a informação que julgue importante, nomeadamente os aspectos relacionados com os seus interesses e necessidades e que devido à sensibilidade do momento dificilmente transparecem numa primeira abordagem. Inicialmente a vítima e o ofensor têm tendência para revelar apenas a sua posição, ou seja aquilo que pretendem objectivamente ao recorrer à mediação. Para se chegar a uma resolução do conflito e a um eventual acordo, o mediador necessita de perceber, através da escuta e do questionamento da vítima e do ofensor, as razões que motivam essas mesmas posições, isto é, os interesses. Os interesses são preocupações específicas, aspirações e condições que vítima e ofensor desejam ver satisfeitas, e que podem ser de natureza processual, psicológica ou substancial.

Os interesses de ordem processual estão relacionados com o processo de interacção, comunicação e tomada de decisões. O respeito, as relações pessoais e o reconhecimento estão, por sua vez, relacionados com os interesses psicológicos. Por último, a aceitação de benefícios que possam resultar do acordo entre a vítima e o ofensor são denominados de interesses substanciais, de que é exemplo a reparação do dano⁴².

⁴² A distinção entre posições e interesses tem a sua origem no método de negociação da Escola ou Modelo de mediação de Harvard e a sua separação é uma tarefa essencial do mediador na condução do processo restaurativo. Assim, o problema não reside nas posições mas sim no conflito entre as necessidades e preocupações das partes. Neste sentido, FISHER, Roger; URY William – *Como Conduzir Negociação*. Trad. Maria João Goucha. Editora. Lua de Papel. 8ª ed. 2008. Título original: *Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In*. ISBN 978- 972-41-4941-7. p.53- 64.

Durante a mediação é possível recorrer a sessões individuais, denominadas de *caucus*, entre o mediador e cada uma das partes do processo de mediação. O objectivo destas sessões é ultrapassar dificuldades de comunicação que possam surgir e/ou encontrar informação adicional que a vítima ou o ofensor preferem omitir na sessão conjunta, porque isso as pode colocar numa posição de desvantagem. O *caucus* representa uma conversa privada, mais informal, onde o mediador pode testar outras alternativas que possam gerar opções para a resolução do conflito e pode consequentemente ter um efeito dispersivo da tensão emocional provocada pela sessão conjunta⁴³.

Depois de identificados os interesses, tem lugar a fase de *avaliação e de criação de opções*, tendentes à resolução do conflito. O mediador tem a importante tarefa de garantir que as opções, sugeridas pelas partes, bem com as suas decisões, sejam atendíveis e razoáveis para o ofensor e estejam de acordo com as necessidades de reparação da vítima. Como tal, é importante nesta fase a utilização de critérios objectivos para fazer essa avaliação, tais como o momento e a forma de reparação, quer se trate, por exemplo, de uma compensação financeira ou da restituição de um bem.

A mediação termina com o *acordo*, que deve ser livre e justo tanto para a vítima como para o ofensor⁴⁴. O acordo resultante do processo equivale, do ponto de vista jurídico, a um contrato, devendo ser formalizado por escrito, em documento assinado pelas partes intervenientes no processo de mediação, pelo mediador e pelos advogados, no caso de estes estarem presentes. É redigido pelo mediador e revisto em conjunto com as partes antes da respectiva assinatura, para que fique claro se o mesmo está conforme à vontade de ambos e se existem outras questões que gostariam que ficassem estabelecidas no acordo. Após a sua leitura, e depois de o mediador se certificar de que existe o consentimento consciente e informado de que todas as partes compreendem os termos e as condições do acordo, procede-

⁴³ O *caucus* deve ser confidencial se a vítima ou o ofensor assim o entenderem e caso exista alguma informação comunicada ao mediador que uma das partes não queira que seja do conhecimento da parte contrária. Neste sentido, WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luis M.- Mediação: a solução do conflito. In *O que é a mediação*. Trad. Soares Franco-Gabinete de Tradutores e Intérpretes, Lda. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Ed. Agora publicações. Lisboa, 2003. Título original: "*Qué es la mediación*". ISBN 950-20-0908-8, p.72. cfr. também REICHERT, Klaus - Confidencialidade na Mediação Internacional. In *Resolução Alternativa de Litígios, Colectânea de Textos Publicados na NEWS LETTER DGAE*. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Ed. Agora Comunicação, 2006. ISBN 972-99281-9-3, p.174-175.

⁴⁴ O acordo resulta da vontade das partes mas não pode incluir sanções privativas da liberdade nem deveres que possam ofender a dignidade do arguido. Assim, artigo 6º da LEI Nº21/2007 de 12 de Junho. In *Diário da República, 1ª Série- Nº112-12 de Junho de 2007*.

se à sua assinatura. Posteriormente, cabe ao procurador do Ministério Público ou ao Juiz, verificar a legalidade do acordo e homologar o mesmo⁴⁵.

1.3-.A Mediação Penal na Europa

A mediação penal, ou mediação entre vítima e ofensor, é actualmente a prática integrada na Justiça Restaurativa com maior expressão na Europa. Iniciada através de projectos-piloto (VORP) e posteriormente integrada no sistema de justiça, através de programas que vieram a merecer consagração legal, teve a sua implantação na década de oitenta, importando o modelo Anglo-Saxónico de Países como os Estados Unidos da América.

Existem três tipos de sistemas ou modelos de mediação na Europa. O mais comum é o sistema “integrado”, em que a mediação funciona como uma alternativa ao procedimento criminal, que cessa em caso de acordo. Trata-se portanto de uma forma de diversão do processo e é normalmente aplicada em casos de menor gravidade. Nestes termos, a regulação da mediação e dos seus procedimentos cabe ao Estado e é definida por lei, tendo por objectivo garantir um sistema uniformizado. Neste modelo, o encaminhamento dos processos para a mediação é maioritariamente da responsabilidade dos procuradores do Ministério Público⁴⁶.

Um outro sistema, já não totalmente dependente do procedimento criminal, é o “sistema parcialmente integrado”. Neste modelo, o possível acordo restaurativo resultante da mediação tem alguma influência no procedimento criminal, uma vez que o magistrado judicial pode mitigar a pena, mas um tal acordo não substitui inteiramente a pena. Aqui, o processo restaurativo e o processo criminal correm em simultâneo e os serviços de mediação são assegurados por serviços públicos ou por organizações não-governamentais (ONG's) que trabalham no terreno em cooperação com o Estado, que por sua vez supervisiona a actividade de tais organizações. O encaminhamento dos casos para a mediação penal neste sistema é

⁴⁵ De acordo com a fase do processo penal em que decorre a mediação. Tratando-se da fase de inquérito compete ao procurador do Ministério Público a verificação da legalidade do acordo e a sua homologação, tal como ocorre no regime de mediação penal português, restrito a esta fase processual e nos termos do disposto no artigo 5º, nº4 da lei nº 21/2007. Se a mediação ocorrer na fase de julgamento a competência é do Juiz do tribunal, tal como sucede no regime de mediação penal da Hungria (*Criminal Procedure Act, art. 221/A (3)*). O artigo 307.º do Código de Processo Penal húngaro prevê ainda que o processo pode igualmente ser suspenso depois da realização de uma audiência para a realização da mediação.

⁴⁶ Este modelo de diversão é mais frequente nos sistemas de tradição romano-germânica, em Países como Portugal, Alemanha e Itália e face à prevalência do princípio da legalidade. cfr. o sistema penal Alemão através do artigo 152 e 155a do Código de Processo Penal (StPO).

essencialmente da responsabilidade dos tribunais, podendo também ter lugar mediante requerimento da vítima e do ofensor⁴⁷.

No terceiro sistema, o processo restaurativo é totalmente “independente”, uma vez que o resultado da mediação não tem qualquer efeito legal no procedimento criminal. A sua intervenção é mais frequente nos crimes de maior gravidade, já durante a fase de pós-sentença e ao longo do cumprimento da pena do ofensor. Por isso que a pena é imposta independentemente da existência ou não de um acordo. O objectivo da mediação nestes casos é o da reparação emocional da vítima e do ofensor, que de *motu proprio* a podem solicitar. Estes programas restaurativos, aplicados em contexto prisional nos Estados Unidos da América e mais recentemente em alguns países da Europa, permitem uma maior descentralização das instituições, porque geridos em regra por organizações independentes, que assim podem lançar os seus próprios programas piloto⁴⁸.

A mediação penal no contexto Europeu é, como vimos, composta por uma grande heterogeneidade de modelos, de acordo com o sistema de cada Estado. A sua actividade tanto pode ser desenvolvida e coordenada por entidades públicas como por entidades privadas⁴⁹. Também os mediadores podem ser profissionais ou voluntários, dependendo do modo como cada comunidade entende que o conflito deve ser resolvido. De notar que a importância que é atribuída à comunidade veio de certa forma condicionar o modo como a mediação é desenvolvida nos diferentes Países.

⁴⁷ Este sistema predomina na fase de julgamento quando é possível a existência de mediação. Assim, veja-se o sistema de mediação penal da Estónia, denominada de conciliação e a sua influência na determinação da sentença, cfr. o art.º 57, nº 9, capítulo 4 do Código Penal e as circunstâncias atenuantes da pena In ESTONIAN PENAL CODE OF 01.09.2002(*consolidated text 1 January 2012*). [Em linha] disponível em WWW: <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>

⁴⁸ A propósito dos sistemas de mediação, BORBÁLA, Fellegi - *The Restorative Approach in Practice: Models in Europe and in Hungary*. In GÖNCZÖL, Katalin- *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure, 2010*. Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary, Budapest 2010. Ed. Afford Ltd. p.51. Relativamente à mediação em contexto prisional, cfr. o projecto *Mediation for Redress* desenvolvido na Bélgica, da iniciativa de um grupo de criminologistas da Universidade Católica de Leuven .COUNCIL OF EUROPE – *Rebuilding Community Connections: Mediation and Restorative Justice in Europe*. Council of Europe Publishing, Germany (2004). ISBN 92-871-5450-3. p.81. cfr mais recentemente o projecto Mereps (*Mereps Project*) desenvolvido na Hungria por um grupo de investigação denominado Foresee. A este propósito, BARABÁS, Tunde; FELLEGI, Borbála – *Responsibility- taking, Relationship-Building and Restoration in Prisons: Mediation and Restorative Justice in Prisons*. Foresee Research Group. Pub. National Institute of Criminology. Budapest 2012. Disponível em WWW : http://foresee.hu/uploads/tx_abdownloads/files/MEREPS_FinalPublication_EN.pdf

⁴⁹ P.ex., o sistema de mediação pública em Portugal (SMP) coordenado pelo Ministério da Justiça e o sistema de mediação privada na Escócia coordenado pela *Sacro*

Em países como a Inglaterra, onde existe um forte sentimento comunitário de todos os cidadãos, a comunidade tem um grande envolvimento na mediação. Nos sistemas de *common law* existe uma maior flexibilidade em relação à aplicação da lei e o seu objectivo não está tanto focado na determinação de critérios de justiça material ou formal, mas centrado sobretudo na predominância do interesse público, baseando-se em razões de economia processual, de celeridade e de eficácia e potenciando por isso uma tomada de decisão quanto ao envio de casos para mediação mais flexível, a concretizar tanto por magistrados judiciais, como por procuradores ou pela polícia. Por outro lado, nos Países ditos de sistemas *civil law*, verifica-se a predominância de um Estado forte e centralizador, demasiado preso à rigidez dos princípios do Estado de Direito, que dá menos importância à comunidade. A intervenção da mediação é por isso neles de iniciativa Estatal, mas acaba por estar condicionada pelo princípio da legalidade, que impõe a obrigatoriedade da punição do infractor⁵⁰. Esta diferença entre os dois sistemas explica, pelo menos em parte, o maior sucesso da justiça restaurativa, concretamente da mediação entre vítima e ofensor, nos países Anglo-saxónicos, indo de encontro ao interesse comunitário e a soluções mais céleres e económicas integradas no sistema penal⁵¹.

A mediação penal entre vítima e ofensor na Europa surgiu na sua fase experimental direccionada para a área de justiça de menores. A sua prática limitava-se então à pequena criminalidade e estava claramente orientada para a reabilitação e reintegração do jovem ofensor, sendo coordenada apenas por voluntários pertencentes a organismos ou entidades que trabalhavam nesta área (reinserção social e apoio à vítima).

1.3.1.- Os Países pioneiros na integração de projectos experimentais

⁵⁰ A importância crescente da vítima e a valorização de formas de consenso tem no entanto originado transformações no processo penal de alguns Países, tais como a Alemanha, Austria e Portugal onde vigora este sistema. Veja-se KILCHING, Michael- *The meaning of Victim/ Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view*. In Council of Europe Seminar on Mediation. Tirana, Albania, 1996. Demo-Droit CR (97) 2, Strasbourg, 2 March 1997.

⁵¹ Para uma análise mais desenvolvida dos dois sistemas, PALERMO, Galain – Mediação Penal como forma alternativa de resolução de conflitos: A construção de um sistema penal sem juízes. In ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João – *Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, Vol.III. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978 – 972 32-1793-3. p.825- 835

A Noruega, muito por influência do pensamento criminológico, tornou-se no primeiro país europeu a desenvolver um projecto-piloto de mediação penal entre vítima e ofensor⁵². Em 1978, o Governo emitiu um relatório sobre Justiça Criminal onde apontou um conjunto de propostas alternativas à pena de prisão na área da Justiça Juvenil e em 1981 teve início no Município de *Lier* a primeira experiência de mediação como parte de um projecto direccionado a jovens com problemas comportamentais (*Alternative to imprisonment of Juveniles*). Este projecto, que teve a duração de dois anos, foi coordenado pelo Ministério dos Assuntos Sociais, através de um serviço de mediação (*mediation and reconciliation service*) que servia de suporte não só aos jovens mas também às respectivas famílias e à comunidade. O seu objectivo centrava-se essencialmente na procura de novas formas de reagir eficazmente à prática de crimes quando estivessem em causa jovens primários e bem assim na prevenção da criminalidade. O serviço de mediação em referência funcionava em articulação com a polícia, procuradores do Ministério Público e assistentes de reinserção social no que diz respeito à sinalização dos jovens e reencaminhamento de casos para a mediação.

Em 1983 o Ministério dos Assuntos Sociais encorajou os governos locais a estabelecer programas similares direccionadas não só para a justiça juvenil, mas também para a justiça de Adultos. No final da década de oitenta, cerca de 81 municípios já ofereciam serviços de mediação e no ano de 1990 foi introduzida legislação nacional que passou a estabelecer programas de serviços de mediação penal entre vítima e ofensor, em todo o território. A regulação da lei da mediação em 1991 (*The Act on Mediation from the 15th of March 1991*) veio estabelecer os princípios básicos da mediação no que diz respeito à participação da vítima e do ofensor no processo e à imparcialidade do mediador. Os processos podem desde então ser reencaminhados para mediação pelas autoridades policiais, procuradores do Ministério Público ou por iniciativa da vítima ou do ofensor. Existem organizações privadas que também promovem e sugerem a mediação (ONG's) mas o sistema de mediação é coordenado pelo serviço de mediação da Noruega (NMS), que pertence ao Estado e que é responsável pela formação de mediadores voluntários junto da comunidade⁵³.

⁵² O criminologista norueguês Nils Christie contribuiu para o surgimento da mediação entre vítima e ofensor neste País ao defender a resolução do conflito pelos seus intervenientes e não pelo Estado. Veja-se CHRISTIE, N.- *Conflict as Property*. [Em linha] In The British Journal of Criminology (January 1977), vol. 17, Nº 1. Carleton University Library, actual. 26 Out. 2010. [Consult. 26. Mai. 2012]. Disponível em WWW: <http://bjc.oxfordjournals.org/content/17/1/1.full.pdf>

⁵³ Existem cerca de seiscentos mediadores e quarenta serviços privados de mediação na Noruega. O serviço de mediação da Noruega tem uma forte presença comunitária e tratando-se de um serviço de interesse público os mediadores são totalmente remunerados pelo Estado. cfr, HYDLE, Idla - *The development of restorative*

O Instituto de Criminologia de Oslo apresentou em 1999 um relatório junto do Ministério da Justiça contendo uma proposta de alargamento da mediação penal à fase de julgamento para os crimes de violência doméstica. Sob a forma de projecto, o seu objectivo foi o de minimizar os efeitos negativos da punição no julgamento e proporcionar uma oportunidade ao ofensor de apresentar um pedido de desculpas à vítima e de assumir perante a mesma a sua responsabilidade activa pela prática do crime.⁵⁴

Na Finlândia, o primeiro projecto de mediação entre vítima e ofensor surgiu em 1983, na cidade de *Vantaa*. O seu desenvolvimento a nível local deveu-se à consciência das autoridades policiais e dos serviços sociais quanto à necessidade de procurar novos recursos para os problemas envolvendo jovens ofensores. No entanto, a mediação na Finlândia não foi e não é apenas encarada numa perspectiva legalista, como uma forma de lidar com o comportamento criminal. A mediação é assumida neste País sobretudo como uma função social de reintegração do ofensor e de assistência à vítima. A intervenção e apoio do Estado aos serviços de mediação foi, até 2006, muito reduzida, o que explica que estes tenham sido criados por municípios locais, que, através de gabinetes próprios, assumiram os custos de implantação e de funcionamento. Verificaram-se notórias dificuldades de acesso da população aos serviços de mediação presentes em menos de metade dos municípios do País. Um tal estado de coisas motivou uma forte contestação das comunidades, nomeadamente das zonas rurais, que não tinham possibilidade de aceder a estes serviços. Neste contexto, o Estado procurou regular e promover uma organização mais sistemática da mediação penal entre vítima e ofensor, através da criação em 1990 de um grupo de trabalho, composto por representantes de diferentes Ministérios, autoridades judiciais e serviços de mediação, que trabalhou sob orientação do Ministério dos Assuntos Sociais e da Saúde e que elaborou um “manual de conduta para o bem-estar e saúde dos cidadãos”⁵⁵. Como resultado de uma recomendação do Conselho Consultivo do Ministério para os Assuntos Sociais, foi introduzida a mediação no Código Penal (*Act on Mediation in Criminal and Certain Civil*

practices in a human security perspective in Northern Europe. PAPER TO THE INTERNATIONAL CONFERENCE IN RESTORATIVE PRACTICES IN HALIFAX, NOVA SCOTIA, 15 – 17 JUNE 2011.[Em linha].Disponível em WWW: http://www.nova.no/asset/4954/1/4954_1.pdf

⁵⁴ A propósito do desenvolvimento da mediação penal na Noruega cfr. LEMONNE, Anne.- *Alternative conflict resolution and restorative justice*.In WALGRAVE, Lode- *Repositioning Restorative Justice*.William Publishing. USA(2003).ISBN 1- 84392- 016 – 6.p.48-50.

⁵⁵ De acordo com os princípios do *Welfare State* também denominado de Estado- Providência e fortemente implementado nos Países nórdicos, cabe ao Estado garantir o bem-estar da população proporcionando e promovendo a protecção social dos seus cidadãos,o seu acesso à educação, saúde e emprego, de acordo com os princípios constitucionais e com a dignidade da vida humana.Mais desenvolvidamente acerca do Welfare State na Finlândia, cfr. MINISTRY OF SOCIAL AFFAIRS AND HEALTH - *Social Welfare in Finland*. Helsinki, Finland, 2006. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://pre20090115.stm.fi/aa1161155903333/passthru.pdf>

Cases) que determinou a sua institucionalização e o seu posterior alargamento, em 2006, a todo o território nacional⁵⁶.

A Áustria seguiu o exemplo destes dois países em 1985, com o primeiro projecto-piloto na área da mediação penal para jovens. Os serviços de reinserção social e de apoio à vítima influenciaram o desenvolvimento da mediação penal entre vítima e ofensor, que foi integrada na lei de justiça juvenil em 1988 (*Jugendgerichtsgesetz*, JGC). Devido ao sucesso deste projecto, foi implantado um outro, na área da justiça de adultos, denominado por *ATA-E project* e que se apoiou em uma norma do Código Penal austríaco que refere que, em determinadas situações, devem ser aplicadas medidas de diversão do processo ao invés de medidas punitivas (*Mangelnde Strfwürdigkeit der Tat*)⁵⁷.

Os resultados satisfatórios do projecto ATA provaram a efectividade da mediação penal e por isso, no ano de 2000, a mediação foi integrada no Código de Processo Penal, como uma das formas de diversão do processo⁵⁸. A grande maioria dos casos são encaminhados para mediação pelo Procurador do Ministério Público ainda antes de ser deduzida acusação. Do ponto de vista processual, tal encaminhamento ocorre, depois de verificados os requisitos legais que permitem a aplicação de uma medida de diversão, propondo então o Procurador do Ministério Público ao ofensor a mediação ou outra medida que esteja de acordo com as necessidades da vítima. De referir que, à excepção da área juvenil onde é obrigatória, a mediação só pode ter lugar com o consentimento do ofensor e da vítima. Também o Juiz pode, depois de ser deduzida acusação, encaminhar o processo para a mediação penal quando estejam igualmente reunidos os respectivos pré-requisitos legais. Existe um outro aspecto importante que é tido em consideração na aplicação das medidas de diversão, nomeadamente na mediação penal, e que diz respeito à protecção não só da vítima mas também da comunidade que é igualmente lesada com a prática do crime. A mediação penal na Áustria, está portanto integrada no modelo de diversão do processo penal e a sua actividade é

⁵⁶ A Finlândia não possui um regime autónomo de mediação e está prevista na secção 15 a do Código Penal (*Section 15a of the Decree on the Enforcement of the Penal Code*).cfr. LIVARI, Juhani - *Mediation in Finland*.In. Victim-Offender mediation in Europe. Making Restorative Justice Work.European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), KU Leuven, 2000.[Em Linha] Consult.29 Mai 2012. Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/iivari/view>

⁵⁷ Esta norma foi posteriormente transposta para o Código de Processo Penal em 2008 (Secção 191 do CPP)

⁵⁸ Além da mediação, as outras medidas de diversão que podem ser aplicadas ao arguido são: a suspensão provisória do processo mediante o cumprimento de determinadas obrigações;o pagamento de determinada quantia em dinheiro;serviço comunitário; acordo (conciliação) Os requisitos legais para a aplicação destas medidas estão previstas na Secção 198 e seguintes do CPP.A este propósito cfr. FABRIZY, Ernest Eugen- *Die Österreichische Strafprozessordnung*, 9º ed,Manz Verlag. Wien 2004.ISBN 3214022997. p. 173-198.

desenvolvida por mediadores profissionais pertencentes a uma organização privada sem fins lucrativos e financiada pelo Estado (*NEUSTART*)⁵⁹.

No Reino Unido assistiu-se nos anos oitenta a uma forte preocupação de incrementar a Justiça Restaurativa, não só através da mediação penal entre vítima e ofensor mas também por meio da mediação comunitária e do *conferencing*, sendo que a utilização do *conferencing* se verificou muito por influência do modelo desenvolvido na Nova Zelândia e na Austrália, a que se aludiu *supra*. A importância da comunidade facilitou a integração da mediação, mas mudanças de orientação no que diz respeito à política de justiça criminal contribuíram para um desenvolvimento lento da prática da mediação penal. Não obstante, a crescente preocupação com as necessidades das vítimas conduziu ao aparecimento do primeiro projecto experimental de mediação entre vítima e ofensor em Yorkshire, no ano de 1983. Impulsionado pela criação, em 1984, de um fórum direccionado para a mediação e reparação das vítimas (*Forum for Initiatives in Reparation and Mediation-FIRM*), o gabinete do governo para a política criminal (*Home Office*) desenvolveu quatro projectos nesta área, entre 1985 e 1987, com o objectivo de criar para jovens ofensores formas de diversão do processo criminal alternativas à pena de prisão, visto que as respostas até então existentes para o combate à delinquência juvenil se revelavam ineficazes. O futuro destes projectos foi seriamente comprometido nos anos seguintes devido à política do partido conservador, que decidiu seguir a linha tradicional do sistema de justiça criminal, assente na punição, em detrimento da mediação penal entre vítima e ofensor. Esta linha de orientação originou o encerramento de alguns serviços de mediação, muito por causa das restrições orçamentais determinadas pelo governo para esta área de intervenção.

Os serviços de reinserção social apoiaram a continuação dos programas do *Home Office*. Inicialmente focados no ofensor, estes serviços passaram também a estar direccionados para a vítima, numa fase em que se iniciaram profundas reformas nesta área, encetadas com a chegada ao Governo do Partido Trabalhista, em 1997. No ano seguinte, surge para a área de justiça juvenil o *Crime and Disorder Act* de 1998, cujo principal objectivo foi o da prevenção

⁵⁹ A propósito da mediação penal entre vítima e ofensor e a diversão do processo na Áustria, veja-se MÜLLER, Karin Bruck – Diversion for Promoting Compensation to Victims and Communities during the Pre-Trial Proceedings in Austria. In GÖNCZÖL, Katalin- *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, 2010. Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary, Budapest 2010. Ed. Afford, p.110-112.

da criminalidade nos jovens com idades até aos dezoito anos⁶⁰. Apoiada pelo *Home Office*, e na dependência do Secretário de Estado da Justiça, foi criada no mesmo ano de 1998 a Comissão de Justiça Juvenil (*Youth Justice Board*), responsável pela monitorização dos serviços de Justiça, que elaborou algumas recomendações no sentido de se dever legislar sobre a mediação entre vítima e ofensor⁶¹.

Em 2002 foram introduzidas as medidas de encaminhamento (*Referral Orders*) que integraram também a mediação penal entre vítima e ofensor e o *conferencing* no mesmo conceito de medidas de encaminhamento, possibilitando a participação comunitária no processo. Trata-se de medidas aplicadas ao jovem que pratica uma ofensa nas situações em que este é presente em tribunal pela primeira vez e em que declara a sua culpa. Aplicada quando não esteja em causa um crime de maior gravidade em que possa ser decretada uma medida de detenção, consiste na obrigatoriedade da presença do jovem perante um painel de pessoas (*Youth Offender Panel*), constituído por dois voluntários pertencentes à comunidade local e ainda por técnicos da equipa do Sistema de Justiça Juvenil (*Youth Offending Team-YOT*). Nas situações em que se considere apropriado, estes painéis podem também incluir a presença dos pais do ofensor e da vítima

Os objectivos da medida *Referral Order*, são os de encontrar formas de reparação da vítima, e procurar as causas do comportamento criminal do ofensor. Com a concordância dos intervenientes no painel, é estabelecido um acordo com uma duração entre três a doze meses, através do qual o jovem ofensor se responsabiliza pelo cumprimento das suas obrigações, não só para com a vítima mas também para com a comunidade. No final do prazo do acordo e caso este seja cumprido pelo ofensor o processo é arquivado⁶².

A mediação entre vítima e ofensor no Reino Unido não se encontra definida na lei. No entanto, a sua prática a nível institucional tem sido desenvolvida como forma de diversão do processo penal, através da aplicação de determinadas medidas no sistema de justiça juvenil, como é o caso das *Referral Orders* enunciadas, e bem assim com o recurso às medidas condicionadas (*conditional caution*). As últimas aplicam-se aos ofensores com idade superior

⁶⁰ Acerca dos projectos de mediação entre vítima e ofensor e de outras práticas restaurativas no Reino Unido, veja-se LIEBMAN, Marian – A Brief History of Restorative Justice. In *Restorative Justice: How it Works*. USA: Jessica Kingsley Publishers, 2007. ISBN 978-1-84310-074-4. P.39-41.

⁶¹ Os membros desta comissão são igualmente nomeados pelo Secretário de Estado da Justiça.

⁶² Sobre o surgimento do Youth Offender Panel e das referral orders, cfr. ERNST, Cap Gemini - *Research into the issues raised in 'the introduction of the referral order in the youth justice system'*. March, 2003. YJB publications. [EmLinha]. Consult. 31 Mai 2012. Disponível: WWW: <http://www.yjb.gov.uk/engb/yjs/SentencesOrderandAgreements/ReferralOrder/>

a dezoito anos, em detrimento da condenação, quando estes admitam a sua culpa e o interesse público o justifique (*Home Office Circular 16/2008*). As medidas de condicionamento são propostas pela polícia ou pelos Procuradores da Coroa (*Crown Prosecutors*), a quem cabe decretar as mesmas.

O Governo, através da Comissão Nacional de Justiça Criminal (*National Criminal Justice Board*), tem procurado desde 2002 institucionalizar a prática da mediação também na área dos adultos, junto das Comissões locais, pois que desde essa altura têm surgido junto da comunidade serviços de mediação entre vítima e ofensor independentes do sistema público (*CMS-Central Mediation Services*). Apesar do carácter privado e independente do sistema legal, estes serviços de mediação funcionam em articulação com as autoridades policiais, instituições de reinserção social (*National Probation Service*) e de apoio à vítima, que a pedido do ofensor ou da vítima podem encaminhar os processos para mediação. É no entanto necessário obedecer a determinados requisitos para a que a mediação possa ter lugar, tais como a existência de uma ofensa, a concordância da vítima e do ofensor em participar no processo de mediação, que se assume assim como estritamente voluntário, e a admissão de culpa pelo ofensor. De notar que a mediação entre vítima e ofensor no Reino Unido também é admissível nos crimes de maior gravidade e é exercida por mediadores voluntários⁶³.

Na Alemanha, as primeiras iniciativas no âmbito da prática da mediação penal ocorreram em 1985 com alguns projectos experimentais na área juvenil. Coincidente com o desenvolvimento da sua prática, em 1990 a mediação penal passou estar regulada na Lei Juvenil de Justiça Criminal, funcionando como uma medida de diversão do processo penal. Promovida por serviços dos tribunais e por associações independentes (*Die Waage, The Scales*) os seus impulsionadores foram académicos, assistentes sociais e advogados que, em conjunto, procuraram encontrar novas formas para colmatar as deficiências do sistema de justiça criminal, nomeadamente a elevada taxa de reincidência dos infractores. Em matéria de mediação de adultos, procedeu-se em 1994 à introdução no Código Penal (*Strafgesetzbuch - StGB*) do §46a que veio prever a mediação penal em casos de crimes com pena de prisão não

⁶³Entre os crimes de maior gravidade contam-se os crimes de fraude, homicídio e violação, sendo que nos crimes de natureza sexual e racial a mediação só pode ser requerida pela vítima. cfr. CENTRAL MEDIATION SERVICE- *Victim/Offender Mediation*. United Kingdom. [Em Linha] Consult. 31 Mai 2012. Disponível em WWW: <http://www.centralmediation.co.uk/VOP.htm>

superior a uma ano ou pena de multa até 360 dias. Assim, o juiz poder vir a mitigar a pena se o ofensor aceitar a mediação e reparar totalmente os danos causados à vítima⁶⁴.

Em 1999 foram igualmente introduzidas no Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung* - StPO) diversas disposições em matéria de mediação penal. Assim, de acordo com o disposto no §155a, o procurador de justiça e o Juiz deverão analisar em todas as fases do processo se é possível recorrer à mediação, tendo como pressuposto para a sua realização o consentimento da vítima. Consagrou-se deste modo o alargamento da aplicação deste mecanismo a todas as fases do processo e não somente à fase de investigação. O §155b do StPO permite que os casos sejam encaminhados para um programa de mediação entre vítima e ofensor, coordenado pelo sistema de justiça, normalmente através dos serviços de reinserção social, ou encaminhados para um programa de resolução de conflitos (TOA), coordenado por uma associação independente do sistema de justiça criminal⁶⁵.

O encaminhamento dos casos para a mediação é maioritariamente da iniciativa do procurador público, mas também o Juiz, os assistentes sociais, bem como a vítima e ofensor têm essa possibilidade. Existem várias Instituições que prestam serviços de mediação, entre as quais organizações privadas sem fins lucrativos e organizações públicas, como as agências de assistência aos tribunais juvenil (*Juvenile Court Assistance*). e o reflexo do seu desenvolvimento é a existência, actualmente, de mais de quatrocentos serviços de mediação na área juvenil e de adultos em todo o País.

A Bélgica, através da iniciativa do Procurador-Geral, lançou o seu primeiro projecto de mediação penal em 1991, com o objectivo de funcionar em sete distritos judiciais pertencentes ao tribunal de recurso de *Ghentem*. Em 1994 foi criado o regime legal de mediação penal. Através da “lei de organização do processo de mediação penal” foi aditado ao Código de Processo Penal belga o artigo 216.º, que veio permitir, mediante a existência de indícios de culpa do agente, a possibilidade de o procurador do Rei recorrer ao mecanismo da mediação nos crimes não puníveis com pena de prisão superior a 2 anos.

⁶⁴ Esta disposição legal não refere expressamente a mediação mas a mesma é possível como forma de compensação do ofensor à vítima e reparação dos danos. ENCINAS, Emilio Eiranova – *Código Penal Alemán StGB, Código Procesal Penal Alemán StPO*. §46a, compensación autor-víctima, reparación de los danos. Capítulo segundo, Código Penal Alemán StGB. Parte General. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales. Madrid, 2000. ISBN 84-7248-757-1.

⁶⁵ Diversas críticas são apontadas ao sistema de mediação penal Alemão, nomeadamente a sua excessiva dependência do sistema de justiça criminal e a prevalência do princípio da legalidade (the rule of law). Neste sentido, TRENCZEK, Thomas – *Victim- Offender Mediation in Germany –ADR Under The Shadow of The Criminal Law?*. Bond Law Review, vol.13, Iss.2, Article 6. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol13/iss2/>

A mediação penal prevista na lei de 1994 funciona como forma de diversão do processo e está restrita à fase de inquérito, conjuntamente com outras medidas, tais como programas de formação e realização de trabalho comunitário. Caso o arguido concorde, é desenvolvido um processo de reparação dos danos da vítima, com vista à obtenção de um acordo. Este processo é dirigido por funcionários judiciais do Ministério da Justiça (*assistants de justice*) e as sessões realizadas nos próprios tribunais. No tribunal de primeira instância é designado um procurador público que funciona como magistrado de ligação para a mediação penal e que tem a responsabilidade de fazer a selecção dos casos que podem ser mediáveis. Cabe depois aos técnicos de serviço social, designados por “assistentes de mediação”, dirigir e acompanhar as várias fases do processo de mediação, que termina com uma sessão final no gabinete do procurador, que homologa (ou não) o acordo. O trabalho desenvolvido pelos assistentes é coordenado pelos tribunais de recurso, onde são nomeadas pessoas da área da criminologia, designados por “conselheiros de mediação”, também responsáveis pelo desenvolvimento da política criminal em matéria de mediação penal.⁶⁶

A posição da vítima no sistema de justiça penal Belga tem sido amplamente debatida desde meados dos anos oitenta do século XX. No entanto, e face a uma conjuntura nacional adversa nesta matéria, só a partir da década de noventa do mesmo século é que se assistiu ao desenvolvimento de reformas com vista ao reconhecimento e melhoria do estatuto da vítima no processo penal. As mudanças estruturais entretanto verificadas em outros países da Europa, fruto de Recomendações e Directivas Internacionais (R (99)19 do Conselho da Europa e Lei Quadro de 2001 do Conselho da União Europeia), a par da “pressão” de certos grupos de cidadãos junto do governo, nomeadamente associações de pais de crianças assassinadas e de vítimas de pornografia infantil, contribuíram para um aumento do interesse a nível político nesta matéria e para o surgimento de medidas com vista a dar mais apoio à vítima e melhorar a eficácia do sistema de justiça penal⁶⁷.

⁶⁶ O modelo de mediação Belga está pois, muito próximo do sistema de justiça tradicional, já que o processo restaurativo decorre nos tribunais e não é dirigido por mediadores mas sim por funcionários judiciais. Assim, ESTEVES, Raúl – A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal. In rev.Sub judice – *Justiça Restaurativa*.nº37,2006 (Out-Dez).Almedina.p.60 – 61.

⁶⁷ Veja-se em 1995 o surgimento de várias leis de protecção de menores vítimas de abuso sexual, prostituição e pornografia infantil, nomeadamente a lei de 13 de Abril de 1995 e a lei de 27 de Março do mesmo ano que introduziu no código penal belga o art.380º relativamente ao crime de exploração de prostituição infantil(, 8 JUIIN 1867. - CODE PENAL, Chapitre VI- de la corruption de la jeunesse et de la prostitution,art.380º,§4, nos.1 a 5).Ainda a propósito dos movimentos de apoio à vítima e da sua importância no processo penal, cfr. CAMP, Tinneke Van; LEMONNE, Anne - *Critical reflection on the development of restorative justice and victim policy in Belgium*.In ELEVENTH UNITED NATIONS CONGRESS ON CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE. Bangkok,Thailand.April, 2005. [Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/11_un/Tinneke%20final%20paper.pdf

Em França, os movimentos de apoio à vítima contribuíram em grande medida para a implantação de serviços de mediação⁶⁸. Os programas restaurativos surgiram como resposta preventiva ao sentimento de insegurança e de vitimização das populações residentes em zonas urbanas face ao desmesurado aumento de casos de delinquência juvenil e à consequente incapacidade de resposta dos tribunais. Assim, em 1990 foram criadas as “Casas de Justiça e do Direito” (*Maisons de Justice et du Droit*) sob o princípio da cidadania e da solidariedade social, tendo sido desenvolvidos programas de mediação na área social e criminal entre vítima e ofensor. O resultado satisfatório obtido conduziu à adopção de programas similares por organizações de apoio à vítima e pelas associações de apoio social (INAVEM e *Citoyens et Justice*). O seu papel activo foi determinante para a criação, em 1992, de legislação em matéria de mediação penal entre vítima e ofensor⁶⁹. Nos termos do disposto no artigo 41º, nº 1 do Código de Processo Penal Francês, a mediação penal pode ser proposta pelo procurador público, antes de existir acusação, e como uma medida de diversão do processo⁷⁰

Considerando todo o exposto, resultam evidentes as assimetrias nos vários países europeus no que diz respeito à focalização da mediação penal ora no ofensor ora na vítima. A prática dominante é actualmente mais orientada para a vítima por influência de movimentos e associações que lhe facultam apoio. Já o papel dos serviços sociais de reinserção social foi em alguns países determinante para a reabilitação e reintegração do ofensor enquanto objectivo primário da mediação⁷¹.

1.3.2 O papel das Organizações Internacionais no desenvolvimento da Mediação Penal

⁶⁸ Sobretudo através da associação de apoio à vítima “INAVEM”- Institut National d’Aide aux Victimes et de Médiation

⁶⁹ A circular de 2 de Outubro de 1992 emitida pelo Ministério da Justiça vem definir o enquadramento legal da mediação e a sua prática, sendo a mesma posteriormente introduzida no código de processo penal através da lei de 23 de Junho de 1999. Sobre a mediação no processo penal e o procedimento criminal francês cfr. DERVIEUX, Valérie – The French System. In MARTY, Mireille Delmas; SPENCER, J.R. – *European Criminal Procedures*. Cambridge. University Press, 2002. United Kingdom. ISBN 0 521 59110 4. p.230- 260

⁷⁰ Acerca do surgimento da mediação penal em França e uma avaliação do sistema veja-se também CORONAS, Clara Casado – *Restorative Justice: An Agenda for Europe, Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe*. Final report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147. European Forum for Restorative Justice v.z.w.2008.[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Going%20South%20Report.pdf>

⁷¹ Nomeadamente na Áustria e Alemanha através da associação NEUSTART que desenvolve a sua actividade também na área da reinserção e apoio social como forma de prevenção criminal e reincidência do ofensor.cfr. KOSS, Christoph - The start of the probation services in Austria.In *Historical development of the probation service system*[Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Austria.pdf

A implantação da mediação penal na Europa foi, até ao início dos anos noventa do século XX, marcada por “resistências” da parte dos profissionais do sistema de justiça criminal perante esta nova realidade, o que em muito contribuiu para o seu moroso desenvolvimento. Enquanto Países como a Alemanha, a Noruega ou a Bélgica já dispunham por essa altura de legislação em matéria de mediação penal, outros países europeus, como a Inglaterra, a Polónia e a República Checa, só incorporaram os seus projectos experimentais em programas legislativos no final da década de noventa.

Depois, no decurso dos anos noventa do século XX, assistiu-se na grande maioria dos Países Europeus a um desenvolvimento mais sustentado da mediação penal entre vítima e ofensor, para o que foi determinante o surgimento de legislação emanada pelas Organizações Internacionais, nomeadamente pela Organização das Nações Unidas, pela União Europeia e pelo Conselho da Europa. Estes Organismos não ficaram pois alheios à crescente importância da mediação em matéria criminal e à necessidade da sua implementação e prática.

O Conselho da Europa desempenhou desde muito cedo um papel importante no que diz respeito à mediação penal, nomeadamente na protecção dos direitos das vítimas no processo penal. Já na década de oitenta, quando ainda se assistia na generalidade dos Países Europeus a uma fase de experimentação da mediação através de projectos-piloto, foram aprovadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa a *Recomendação R (85)11*, respeitante ao estatuto da vítima no processo penal, e a *Recomendação R (87) 21*, respeitante à assistência da vítima e prevenção da sua vitimização. Estas Recomendações pretenderam acima de tudo incentivar e sensibilizar os Estados-Membros para a necessidade de serem desenvolvidas experiências nesta matéria e bem assim para a imperatividade do estudo de mecanismos para a incorporação da mediação nos Ordenamentos Jurídicos estaduais.

Mais tarde, e mesmo considerando o seu carácter não vinculativo, a *Recomendação R(99) 19* do Conselho da Europa sobre mediação penal, aprovada em 1999, revestiu-se de extrema importância, uma vez que veio estabelecer determinados princípios gerais no domínio da mediação penal, nomeadamente o dever de a mediação penal entre vítima e ofensor dever ser um serviço acessível em todas as fases do processo penal. Outros princípios estabelecidos dizem respeito à necessidade de consentimento voluntário da vítima e do ofensor para a realização da mediação e a exigência de confidencialidade no decorrer do processo. O livre consentimento ou participação voluntária também significa que a vítima e o ofensor

necessitam de estar devidamente informados, quer sobre os seus direitos, quer sobre a natureza do processo de mediação, quer ainda sobre as possíveis consequências da decisão de participação que seja tomada⁷². Na referida Recomendação, propõe-se ainda aos Estados-Membros facilitar a integração da mediação penal nos respectivos quadros jurídicos, a sua correcta articulação com o sistema de Justiça Criminal, bem como a regulação dos serviços de mediação⁷³.

Através da iniciativa de Portugal durante a presidência da União Europeia, a *Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001* relativa ao estatuto da vítima em processo penal, veio prever, com carácter obrigatório para os Estados-Membros, a promoção e adopção de medidas tendentes a incorporar a mediação penal nas legislações dos respectivos Países até 2006⁷⁴.

A Decisão-Quadro constituiu, sem dúvida, um marco importante na implantação do movimento em prol dos direitos das vítimas na Europa e surgiu na sequência das disposições do Tratado de Amsterdão, relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça no contexto europeu. A Decisão-Quadro estabelece normas de protecção das vítimas da criminalidade, nomeadamente em relação ao seu acesso à justiça e aos direitos de indemnização em caso de danos. No artigo 2.º estabelece que “*Cada Estado-Membro assegura às vítimas um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal. Cada Estado-Membro continua a envidar esforços no sentido de assegurar que, durante o processo, as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal e reconhece os direitos e interesses legítimos da vítima, em especial no âmbito do processo penal*”. O disposto na

⁷² No sentido de promover a participação activa da vítima e do ofensor no procedimento criminal foram estabelecidos estes princípios reguladores da mediação penal.cfr. COUNCIL OF EUROPE, - *Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters*.Appendix. II. General principles.[EmLinha]. Disponível em WWW: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=DC>

⁷³ As recomendações do Conselho da Europa apesar de não serem vinculativas para os Estados Membros têm contribuído para a harmonização legislativa nestes Países, em matéria criminal com vista à integração da mediação penal e de outras práticas restaurativas nos seus ordenamentos.Neste sentido, WILLEMSSENS, Jolien-The Council of Europe’s mission in the field of criminal justice.In *Restorative justice: an Agenda for Europe,The role of the European Union in the further development of Restorative justice*. Final report of AGIS Project.JLS/2006/AGIS/147. European Forum for Restorative Justice v.z.w.,2008.[Em linha].Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Report%20The%20role%20of%20the%20EU.pdf>

⁷⁴ O artigo 10º da Decisão-Quadro refere que cada Estado-Membro deve esforçar-se por promover a mediação nos processos penais relativamente a infracções que possam considerar adequadas a esta medida.Para tal, diz o artigo 17º da mesma Decisão, até 2006 devem entrar em vigor e serem executadas medidas legislativas, regulamentares e administrativas que permitam concretizar este objectivo e dar cumprimento a esta Decisão.Assim, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA - *Decisão-Quadro de 15 de março de 2001,relativa ao estatuto da vítima em processo penal.(2001/220/jai)*.JornalOficialdas ComunidadesEuropeias,PT.[EmLinha].Disponível emWWW:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:PT:PDF>

Decisão-Quadro não se limita à protecção, em sentido estrito, dos interesses da vítima durante o processo penal, pois que abrange também um conjunto de medidas de apoio antes ou depois do processo penal, susceptíveis de poder atenuar os efeitos do crime.⁷⁵

Outro aspecto importante diz respeito a um conjunto de disposições legais relativas às vítimas residentes em Estado-Membro diferente daquele em que foi cometido o crime, designadamente no que respeita ao seu acesso à justiça. Assim, nos termos do artigo 11.º da Decisão-Quadro, a vítima pode efectuar uma denúncia no seu País de origem, bem como prestar depoimento através de video-conferência sem ter de se deslocar ao País onde ocorreu o crime. A decisão-quadro consagra ainda a necessidade de cooperação entre os Estados-Membros, por forma a facilitar a defesa dos interesses das vítimas no processo penal, através da criação de uma rede de cooperação entre operadores judiciais e serviços de apoio à vítima (artigo 12.º).

A *Declaração de Viena* de 2000 da Organização das Nações Unidas, dedicada aos novos desafios em matéria de política criminal e de justiça para o século XXI, encorajou o desenvolvimento de políticas restaurativas, bem como procedimentos e programas respeitantes aos direitos e interesses, não só das vítimas, mas também dos ofensores e das comunidades⁷⁶. Em 2002, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas adoptou a Resolução 2002/12 contendo um conjunto de princípios relativamente à utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, Resolução essa direccionada para os agentes políticos, judiciais e organizações comunitárias, por forma a convergir esforços no desenvolvimento de práticas restaurativas face ao crime na sociedade⁷⁷. O âmbito de aplicação da Resolução das Nações Unidas é mais alargado face aos instrumentos legislativos anteriores no que diz respeito às partes envolvidas, uma vez que a participação da comunidade no processo restaurativo deixou de ser uma realidade abstracta e passou a ser uma realidade directa e concreta. Apesar de em alguns países como os Estados Unidos da América e Canadá o envolvimento da comunidade nas práticas restaurativas já resultar de tradições culturais e do costume, apela-se à necessidade de uma justiça mais participativa, através da mobilização da

⁷⁵ Nomeadamente através da intervenção de serviços especializados e de organizações de apoio à vítima, tal como dispõe o ponto 10 do preâmbulo da Decisão-Quadro.

⁷⁶ Cfr. UNITED NATIONS- *The Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century* (55/59). Resolution adopted by the General Assembly Vienna, 10-17 April 2000, paragraph 28. [Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5559e.pdf

⁷⁷ Neste sentido, UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL- Resolution 2002/12.-Part IV, Continuing development of restorative justice programmes. In *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. E/2002/INF/2/Add2 Annex, I.2. [Em linha]. NY, USA, 2002. Disponível em WWW: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>

sociedade civil, protegendo ao mesmo tempo os direitos e interesses das vítimas e dos ofensores⁷⁸.

A resolução adoptada em 2002 pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas veio reforçar a possibilidade, já anteriormente consagrada na *Recomendação R(99) 19* do Conselho da Europa, de se poder recorrer a programas restaurativos em qualquer fase do procedimento criminal, não só através do processo de mediação penal, mas também por meio de outros processos tais como a conciliação, o *conferencing* e os círculos de sentença⁷⁹. O articulado estabelece claramente regras para a utilização dos programas restaurativos e um conjunto de orientações, de acordo com determinados princípios básicos, que os Estados-Membros devem integrar para a sua operacionalidade, nomeadamente a necessidade de definirem as condições de encaminhamento para a mediação penal e respectiva competência, bem como regras de conduta dos processos restaurativos. Outro aspecto importante diz respeito ao dever de encaminhar os casos para as autoridades de justiça criminal quando se verifique que os processos restaurativos não são possíveis ou adequados.

Em relação aos direitos dos ofensores, tem existido uma maior resistência da parte dos Países da União Europeia na adopção de legislação. Em 2003, a Comissão Europeia, através do denominado *Green Paper*, tomou a iniciativa de adoptar um conjunto de garantias destinadas aos ofensores nos quadros do procedimento criminal. Este documento serviu de base para uma proposta de Decisão-Quadro em 2004, que incluía alguns direitos, genericamente previstos em Convenções Internacionais anteriores, nomeadamente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e que, de acordo com a Comissão Europeia, careciam de ser adaptados considerando a necessidade de salvaguarda de igualdade de direitos entre vítima e ofensor, como sucede com a possibilidade de aconselhamento jurídico⁸⁰.

⁷⁸ O processo restaurativo inserido no processo penal não se deve limitar a envolver a vítima e o ofensor mas também a comunidade que pode igualmente ser lesada em consequência da prática do crime. Veja-se a este respeito a definição de “processo restaurativo” em UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *op.cit.* Part I, n°2

⁷⁹ Mais detalhadamente acerca dos programas ou processos de justiça restaurativa, cfr. UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime, - *Handbook on Restorative Justice programmes*. Chapter 2 Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006. p.15-25

⁸⁰ O *Green Paper* surgiu sob a forma de um processo de consulta junto dos Estados-Membros no sentido de identificar as dificuldades de cooperação em matéria criminal e implementar princípios uniformadores na aplicação de sanções alternativas à pena de prisão que propiciem a reabilitação do ofensor. Veja-se GIELEN, Annie; BUCELLATO, Ninfa – Restorative justice and crime prevention policies in the EU member States. In ITALIAN MINISTRY OF JUSTICE, Department of Juvenile Justice – *Restorative Justice and Crime Prevention*, Presenting a theoretical exploration, an empirical analysis and the policy perspective. Final report of the European project “Restorative Justice and crime prevention”. European Forum for Restorative Justice. Belgium, April 2010. P.140- 142

Devido à oposição de alguns Estados-Membros, a proposta de Decisão-Quadro a que se aludiu foi vetada. Não obstante, estes direitos e garantias dos indivíduos no procedimento criminal acabaram por estar incluídos no Tratado de Lisboa, aprovado em 2009⁸¹.

Desde os anos noventa que o papel de algumas ONG's, tem sido muito importante na promoção das práticas restaurativas junto dos profissionais de justiça criminal e da comunidade, com especial destaque para o Fórum Europeu de Justiça Restaurativa. Criado em 2000 após um período preparatório de dois anos, trata-se de uma organização sem fins lucrativos, constituída e sediada na Bélgica e que tem como objectivo geral contribuir para o desenvolvimento e implantação da mediação penal entre vítima e ofensor e de outras práticas restaurativas na Europa. A sua actividade centra-se não só na exploração e fundamentação teórica da Justiça Restaurativa, como também na investigação e desenvolvimento de princípios de funcionamento das práticas restaurativas. O Fórum Europeu elabora projectos específicos nesta área (COST), através dos quais pretende, de certa forma, exercer alguma influência junto das várias Instituições Internacionais, tais como a União Europeia, o Conselho da Europa ou as Nações Unidas⁸². Mas não só. A sua área de influência abrange mesmo os Estados-Membros, através de acções directas junto dos Governos estaduais, com o propósito de os incentivar a dedicar meios a programas de mediação entre vítima e ofensor.

⁸¹ Assim, a propósito da produção legislativa na União Europeia respeitante aos direitos das vítimas e dos ofensores cfr. WILLEMSSENS, Jolien- Final Report of Agis Project JLS/2006/AGIS/17. In *Restorative Justice: An Agenda for Europe*. European Forum Restorative Justice, 2008, p.142, 144 [linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Report%20The%20role%20of%20the%20EU.pdf>.

⁸² AERSTEN, Ivo; PETERS, Tony – As políticas Europeias em matéria de justiça restaurativa. In *Sub judice*. Justiça Restaurativa. ISSN 0872- 2137. Almedina. n.º 37.2006 (Out-Dez.). p.41-42

CAPÍTULO II

A MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

2.1- A Mediação em todas as Fases do Processo Penal e Pós-sentença: Perspectiva Comparada

A mediação penal, ou, se atendermos à denominação de raiz anglo-saxónica, a mediação entre vítima e ofensor, é, como vimos, mais frequente nas situações em que estão em causa ofensas menos graves, relacionadas sobretudo com a prática de pequenos furtos e em uma fase inicial do processo. Todavia, a legislação Internacional, nomeadamente a Recomendação n.º R (99) do Conselho da Europa, não exclui a mediação nos crimes mais graves e em todas as fases do processo penal, inclusivamente em momento posterior à sentença (artigo 2.º, n.º 4). Centrando a atenção na mediação na fase pós-sentença, temos que a mediação surge normalmente em contexto prisional e associada aos crimes de maior gravidade. Seguramente que o ponto de partida da mediação é também nesses casos o consentimento voluntário e as necessidades da vítima, independentemente da qualificação legal do crime, mas a mediação em contexto prisional, devido ao seu maior grau de complexidade, exige também uma melhor preparação da mediação e do mediador, que deve possuir aptidões pessoais e profissionais adequadas para este tipo de processo restaurativo⁸³.

O alargamento da mediação a todas as fases do processo penal, ou mesmo à fase de pós-sentença, esta com finalidades muito próprias, é já uma realidade no contexto europeu em países como a Bélgica, a Hungria e em alguns países do leste da Europa. Assim, importa por isso uma análise do ponto de vista da integração legal e da tramitação processual da mediação

⁸³ Neste sentido, UMBREIT, Mark S. - Victim-offender mediation: Three decades of practice and research. In *Conflict Resolution Quarterly*. Vol.22 ,2004.DOI: 10.1002/crq.102 Wiley Periodicals, Inc., and the Association for Conflict Resolution.p.281-282.

penal nestes ordenamentos, bem como os resultados da sua prática nas diferentes fases do processo penal.

2.1.1- A Bélgica e o Projecto “Mediação para Reparação”

Em 1993, o Departamento de Vitimologia e Investigação Penal da Universidade Católica de Leuven, na Bélgica, iniciou um projecto de estudo denominado “mediação para reparação” (*mediation for redress*). Através de um trabalho direccionado para os crimes graves, e depois de deduzida acusação, pretendeu-se avaliar o impacto da mediação sobre a decisão judicial e de que modo esta forma de reparação poderia ser integrada em todo o sistema penal. Entendeu-se ser importante esta concreta abordagem pelo facto de a grande maioria dos programas de mediação serem destinados a crimes menos graves, o que originaria, na opinião de alguns autores, a perda das suas potencialidades, nomeadamente a possibilidade de contribuir para uma abordagem mais restaurativa do sistema de justiça penal⁸⁴.

O projecto iniciou-se com um estudo ao sistema de justiça criminal e concluiu pela predominância nele do modelo retributivo, orientado para o ofensor, sem que este fosse conduzido a assumir responsabilidade social ou a desempenhar um papel activo na resolução dos problemas causados pelo seu comportamento. Assim, constatou-se que a compensação material da vítima, ou a pena de prisão, não respondiam por si só às necessidades de reparação emocional dos lesados pela prática do crime. O estudo centrou-se na perspectiva das vítimas, ao contrário de outros projectos, mais focados no ofensor. A investigação vitimológica demonstrou que as vítimas se encontram em uma posição claramente enfraquecida no sistema de justiça criminal. Ao questionar as vítimas de crimes graves, o grupo de investigação responsável pelo projecto percebeu a vontade e a necessidade de estas estarem mais envolvidas no processo criminal e de poderem questionar o ofensor, independentemente da fase processual⁸⁵.

⁸⁴ Nesta perspectiva, são as vítimas de crimes mais graves que mais necessitam de ser “restauradas” por se encontrarem numa posição ainda mais fragilizada. Neste sentido, WALGRAVE, Lod – Focusing on restorative justice. In WALGRAVE, Lod – *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. USA 2008. Willan Publishing. ISBN 9781843923350. p.22. ..

⁸⁵ Para uma análise mais desenvolvida acerca da reparação da vítima, cfr. AERTSEN, Ivo; PETERS, Tony - *Mediation for Reparation: The Victim's Perspective*. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol.6, Number 2, 1998. K.U. Leuven, Dept. Criminal Law and Criminology p.106-124.

Posteriormente deu-se a implantação prática do projecto “mediação para reparação”. Do ponto de vista processual, e tal como antes adiantado, centrou-se no momento pós dedução da acusação e estava restringido à vida do processo, isto é, o estudo não abrangia momentos posteriores à sentença. A implantação prática do projecto teve início em 1996 no distrito judicial da cidade de Lovaina por intermédio de serviços de mediação pertencentes a Organizações Não-Governamentais (*Sugnommé* na região da Flandres e *Médiane* na região de Valónia) e que mais tarde integraram o grupo de trabalho que elaborou a proposta que deu origem à Lei de Mediação de 2005. O funcionamento do projecto a nível local era coordenado por uma comissão composta por representantes de serviços privados, e a mediação era realizada por mediadores experientes, em regime de dedicação exclusiva. A metodologia do programa revelou-se semelhante a outros programas de mediação entre vítima e ofensor no que diz respeito à aplicação dos princípios restaurativos na mediação. Sob orientação do Ministro Federal de Justiça, o programa foi posteriormente alargado a outros distritos judiciais e actualmente já abrange todo o território nacional.

Em 2000 foi iniciada a experiência “mediação para reparação” também na fase pós-sentença e em contexto prisional. De acordo com a Circular nº 1719 de 4 de Outubro de 2000 do Ministro Federal de Justiça, cada prisão deve desenvolver e implementar na prática programas de mediação. Este modelo é baseado na necessidade de “restaurar” as relações abaladas pelo conflito entre a vítima, o ofensor e a comunidade, através da comunicação entre todos, tendo em conta as necessidades das vítimas e o imperativo de reintegração social do ofensor. Nesta perspectiva, a privação da liberdade do ofensor deve-lhe proporcionar a oportunidade de lidar com as consequências das suas acções e assumir as responsabilidades perante a vítima e a comunidade, ao invés de ser colocado numa posição “passiva” durante o cumprimento da sua pena de prisão.

Por decisão do Conselho de Ministros, foram nomeados funcionários dos estabelecimentos prisionais, denominados de “consultores restaurativos”, com a função de introduzir o conceito de justiça restaurativa nas prisões. Actualmente, existe um consultor para cada estabelecimento prisional, subordinado à autoridade do director da prisão, e que é responsável não só pela formação e organização de sessões de informação sobre mediação no contexto da justiça restaurativa junto dos serviços prisionais e dos reclusos, como também pelo contacto com instituições externas, sejam de apoio à vítima, sejam organizações que trabalham com o ofensor, sejam mesmo serviços de mediação. Os objectivos são os de melhorar a comunicação entre os serviços internos e os serviços externos e sensibilizá-los

para a importância da participação e cooperação em programas restaurativos. O consultor tem também um papel importante no que diz respeito à preparação do processo de mediação. Toda a instituição prisional tem de estar preparada para receber a vítima e garantir as necessárias condições de segurança e de confidencialidade do processo⁸⁶. Neste processo de mediação, o mediador recorre normalmente à mediação indirecta, através de encontros individuais com a vítima e o ofensor. Se as partes assim o desejarem, a mediação directa também é possível, exigindo-se nestas situações uma preparação adequada do mediador. No decorrer do processo de mediação, o mediador elabora relatórios pormenorizados sobre os assuntos abordados nas sessões e no final é escrito um acordo, desde que aceite por vítima e ofensor.

Na mediação em contexto prisional, o acordo não pressupõe qualquer tipo de obrigação da parte do ofensor em reparar a vítima, o que se compreende, uma vez que este já se encontra a cumprir a sua pena, embora possa ser formulado e aceite um pedido de desculpas. Pretende-se essencialmente privilegiar o processo de comunicação entre vítima e ofensor e não o acordo.

No ano de 2005 foi aprovada uma lei que introduziu no Código de Processo Penal belga a possibilidade da existência da mediação em todas as fases do processo penal, desde que solicitada pela vítima ou pelo ofensor (*Act of 22 June 2005*). Em relação à lei de 1994, que instituiu a mediação penal na Bélgica e que tinha como objectivo principal permitir o descongestionamento dos tribunais, destinando-se apenas a crimes de menor gravidade⁸⁷, a lei de “mediação para reparação” de 2005 veio prever a mediação penal como um sistema complementar ao procedimento criminal, independentemente da fase processual em que possa ocorrer e extensiva a todos os tipos de crimes. Outra alteração diz respeito ao reforço da importância da voluntariedade no processo. Anteriormente à entrada em vigor da lei em análise, apenas o procurador público poderia encaminhar os processos para mediação de acordo com o disposto no artigo 216.º do Código de Processo Penal. A nova redacção do

⁸⁶ A propósito deste projecto de mediação em contexto prisional e da importância do consultor na introdução das práticas restaurativas junto da população prisional veja-se BIERMANS, Nadia- Development of Belgian prisons into a restorative perspective. In *Positioning Restorative Justice*. FIFTH INTERNATIONAL CONFERENCE ORGANISED BY INTERNATIONAL NETWORK FOR RESEARCH ON RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES. Leuven, 16-19 September, 2001-[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/biermansandhoop>

⁸⁷ A lei de 10 de Fevereiro de 1994, tinha também como objectivo dar mais atenção à vítima mas veio sobretudo introduzir a mediação no Código de Processo Penal como uma forma de diversão do processo e limitada aos crimes com pena de prisão não superior a 2 anos. Assim. AERSTEN, Ivo; PETERS, Tony – Abordagens Restaurativas do Crime na Bélgica. In *Sub judice*. Justiça Restaurativa. ISSN 0872- 2137. Almedina. nº 37.2006 (Out-Dez.).p.26

artigo 513.º, n.º 1 do mesmo Código, permite que qualquer pessoa que tenha interesse directo possa requerer a mediação em qualquer fase do processo⁸⁸.

A política legislativa da Bélgica, seguiu, deste modo, as orientações da *Recomendação (R 99) do Conselho da Europa*, bem como as determinações contidas na *Decisão-Quadro de 2001 da União Europeia*, relativamente à posição da vítima no processo penal, nomeadamente do seu artigo 10.º, n.º 1, onde se refere que "*Os Estados-Membros devem procurar promover a mediação em matéria criminal, nos crimes que considerem apropriados para este tipo de medida*". Não estaremos longe de poder afirmar que esta lei consagra um verdadeiro "direito" à mediação, quer pela omnipresença no processo penal, sendo mesmo possível em sede de recurso e em algumas situações em que o arguido se encontra em prisão preventiva, quer pela representação de uma verdadeira justiça de proximidade com a participação activa dos cidadãos. Neste contexto, a mediação não pretende ser "apenas um serviço" que é prestado a quem o solicita, mas pretende sobretudo proporcionar à vítima e ao ofensor a oportunidade de, através do acordo alcançado, contribuir para uma decisão judicial que esteja de acordo com as suas necessidades e expectativas⁸⁹.

Ao analisarmos os seguintes dados estatísticos, apresentados pelos serviços de mediação *Suggnomé e Mediante* e referentes ao número de processos contabilizados nos distritos judiciais da Bélgica entre o ano de 2006 e o ano de 2011, podemos constatar que nas duas regiões do País em referência, o número de mediações nas várias fases do processo penal não é muito significativo. Relativamente à região da Flandres (Quadro 1), foram contabilizados 6.311 processos de mediação, enquanto na região de Valónia o número se situa nos 5.594 processos (Quadro 2), perfazendo um total de 11.905 mediações em todo o território Belga. Não é alheio a este facto o reduzido número de vítimas e ofensores que são informados da possibilidade de solicitar a mediação (Quadro 1). Assim,, a pouca informação acaba por condicionar o número de mediações no processo penal belga.

Os resultados apurados nos distritos judiciais que compõem as duas regiões referidas demonstram também que existem entre as mesmas algumas diferenças quanto ao momento da intervenção da mediação nas diferentes fases do processo penal. Assim, no quadro 1 verifica-

⁸⁸ A propósito da lei de 22 de Junho de 2005 cfr. EYCKMANS , David – *New Belgian law on mediation*. Newsletter of the European Forum for Restorative Justice.Vol.6,Issue 2-3.[Em Linha].Disponível em WWW: http://www.euforumrj.org/readingroom/Newsletter/Vol06_Issue0203.pdf

⁸⁹ Neste sentido, VAN GARSSE, Leo - Victim-offender mediation in a maximalist perspective. In *The Role of Victim-Offender Mediation in Probation*. "Probation Works" Málaga, May 2010. [Em Linha] Disponível em WWW: http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Pres%20GA%2010%20Gar.pdf

se a existência de mediações requeridas ao nível dos tribunais de recurso (*level of the courts of appeal*), enquanto que no quadro 2 é possível constatar a existência de mediações solicitadas no período de suspensão provisória do processo e mesmo até em situações em que o arguido se encontra em prisão preventiva.

Quadro 1: Volume de processos de mediação penal na região da Flandres⁹⁰

	Antuérpia	Brugges	Bruxelas	Dendermon	Gent	Hasselt	Lepen	Kortrijk	Leuven	Mechelen	Oudenaarde	Tourgeren	Turnhout	Verne	Total
Pedidos de Mediação	750	497	462	483	327	235	238	357	846	798	510	605	875	104	8714
Aceites	623	406	458	310	244	207	231	306	783	760	469	587	838	89	6311
Fase de Inquérito	116	98	269	143	89	12	217	257	453	679	679	462	461	48	3634
Fase Instrutória	409	206	97	93	41	131	9	19	144	46	52	90	159	38	1534
Fase de julgamento	2	2	4	0	50	0	0	0	3	0	1	2	0	0	64
Recurso,Trib 2ªinstância	6	2	5	0	4	1	0	2	6	1	2	1	0	0	30
Pós-sentença	90	98	83	74	60	63	5	28	177	34	84	32	218	3	1049
Nº de vítimas informadas da mediação	1401	851	954	757	570	408	319	538	1404	1314	1051	1084	1654	211	12516
Nº de ofensores informados da mediação	778	495	571	399	301	283	264	370	929	932	549	771	1005	112	7759

⁹⁰ Fonte: serviço de mediação *Suggnomé* - Dados estatísticos referentes ao período entre janeiro de 2006 e Setembro de 2011.

No Quadro 1 verifica-se que o número de processos de mediação é superior nas fases de inquérito e de instrução comparativamente ao que sucede na fase de julgamento e de recurso ao nível dos tribunais de segunda instância. O facto de a mediação ser ainda encarada sobretudo como uma forma de diversão do processo na sua fase inicial, com vista a evitar a sujeição do arguido a julgamento, tendência que a lei referida acima pretendeu inverter através do alargamento da mediação a todas as fases do processo penal, pode efectivamente ter contribuído para estes resultados.

Quadro 2: Volume de processos de mediação penal na região de Valónia ⁹¹

Nível de Intervenção	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Mediações por nível de intervenção
Antes de julgamento	317	393	438	413	426	151	2138
Prisão preventiva	46	47	102	95	119	73	482
Alternativa à detenção preventiva	14	20	18	12	43	14	121
Reinserção social	17	30	44	54	68	42	255
Suspensão provisória do processo	58	50	63	79	61	39	350
Julgamento	21	23	46	48	51	21	210
Execução da sentença em contexto prisional	164	264	320	427	450	413	2038
Total de mediações	637	827	1031	1128	1218	753	5594

⁹¹ Fonte: serviço de mediação *Mediante* - Dados estatísticos apurados nos distritos judiciais de Nivelles, Tournai, Mons, Charleroi, Namur, Bruxelas, Huy, Liege, Verviers, Neufchateau e Dinant, referentes ao período entre janeiro de 2006 e Setembro de 2011.

No Quadro 2, o maior número de processos de mediação verifica-se também na fase anterior ao julgamento, bem como na fase de execução da sentença. A implantação prática do projecto que esteve na base da lei de 2005 teve início com a mediação em contexto prisional, e que ao ser alargada a todo o território nacional conduziu ao seu desenvolvimento mais sustentado e, consequentemente, à sua maior divulgação.

2.1.2- Hungria

No contexto dos Países do Leste da Europa, a Hungria iniciou em 2003 uma reforma da justiça criminal tendo como objectivos:

- a) A prevenção da criminalidade junto da comunidade,
- b) A reestruturação do serviço de reinserção social,
- c) O reforço da aplicação de sanções alternativas que promovessem o sentido de responsabilidade junto do ofensor.

Por outro lado, a posição “enfraquecida” da vítima no processo penal e a insuficiente reparação dos danos causados pelo crime contribuiu igualmente para a introdução da mediação no processo penal. A lei de mediação penal de Dezembro de 2006 (*The Mediation Act*) veio regular o processo de mediação, nomeadamente a tramitação processual, as regras do procedimento, bem como o papel e as obrigações do mediador. Assim, o sistema de mediação penal entrou em funcionamento em Janeiro de 2007.

O sistema de mediação penal na Hungria é coordenado por um Gabinete do Ministério da Justiça e que é igualmente responsável pelos serviços de reinserção social, apoio à vítima e apoio legal no âmbito judiciário. A mediação entre vítima e ofensor é conduzida por técnicos de reinserção social ou advogados inscritos no serviço nacional de justiça para desempenharem a função de mediadores, ambos com formação específica em mediação (artigo 3.º, n.º 1 da Lei CXXII de 2006). Nos termos do disposto no artigo 221.º/A, n.º 1 do Código de Processo Penal, a mediação só é possível nos crimes contra as pessoas ou contra o património, cuja pena de prisão não seja superior a cinco anos. Outra pré-condição para a realização da mediação é a confissão do ofensor, durante a fase da investigação, da prática dos factos.

Quanto à tramitação do processo, o encaminhamento dos casos para a mediação pode ser feito pelo procurador público, durante a fase de investigação, ou pelo Juiz após a existência de acusação e na fase de julgamento (artigo 6.º da Lei CXXIII de 2006). A vítima e o ofensor podem igualmente requerer a mediação em qualquer fase processual e em caso de encaminhamento para a mediação, o procurador ou o juiz suspendem o processo penal por um período máximo de seis meses (artigo 221/A, n.º 3 do Código de Processo Penal). No final da mediação, cabe ao mediador enviar um relatório ao procurador, ou ao juiz, consoante a fase processual em que a mediação tenha lugar, dando conhecimento da existência ou não de acordo entre a vítima e o ofensor. Durante a fase de Investigação ou Inquérito, se estiverem em causa crimes cuja pena não exceda os três anos, e verificando-se o posterior cumprimento do acordo de mediação, o processo criminal é arquivado. Tratando-se de crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos, o acordo na mediação apenas pode contribuir para a diminuição da pena a aplicar pelo juiz de julgamento mas não substitui a sentença⁹².

A lei de mediação em matéria criminal a que se vem aludindo, reforça os princípios da igualdade, da confidencialidade e da voluntariedade do procedimento e não comporta a obrigatoriedade de a vítima e o ofensor se encontrarem presencialmente, através da mediação directa (artigo 11.º, n.º 2). Todavia, quer o processo decorra através da mediação directa, quer por meio da mediação indirecta, vítima e ofensor têm de estar presentes no momento da assinatura do acordo. A introdução da mediação penal entre vítima e ofensor na Hungria, representou um profundo avanço no seu processo de reforma da justiça criminal, tanto a nível legislativo como institucional, prosseguindo, assim, a tendência internacional seguida por outros países de implantação da justiça restaurativa⁹³.

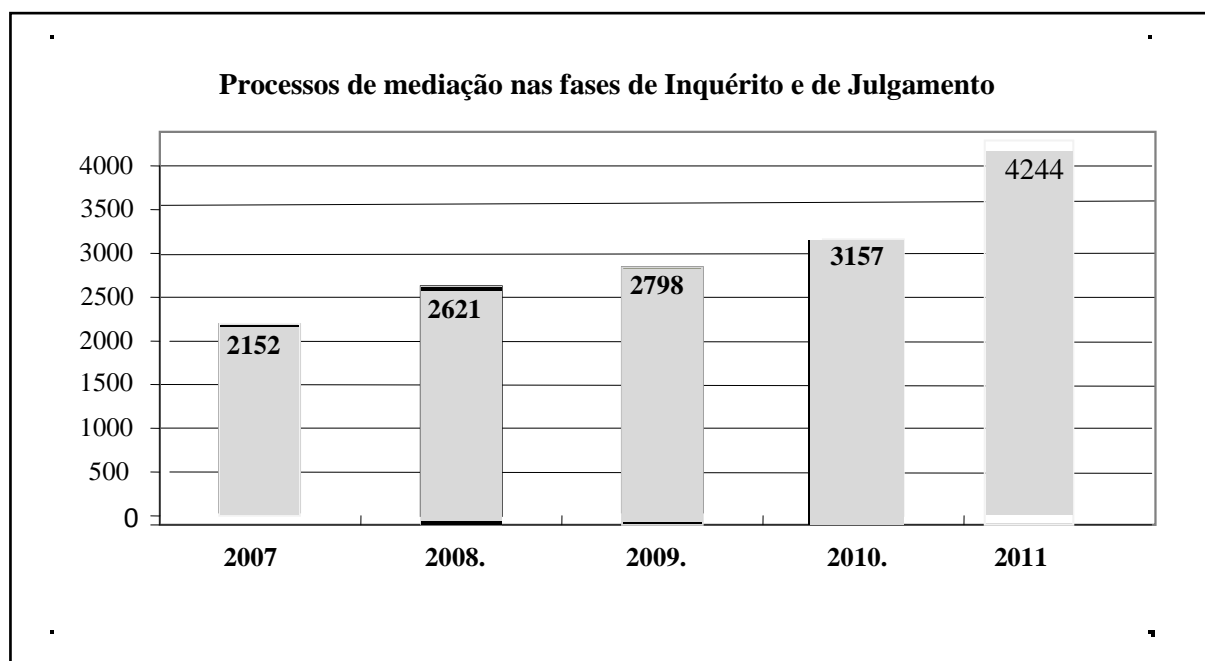
Relativamente ao número de processos reencaminhados para mediação nas fases de Inquérito e de Julgamento, apresentados em seguida no Quadro 3, verifica-se um crescente aumento entre o ano de 2007 e o ano de 2010, mantendo-se a mesma tendência em 2011, com

⁹² De acordo com o art.36º do Código Penal, em ambas as molduras penais, o arquivamento ou a diminuição da pena aplicada ou arguido em consequência da mediação, dependem efectivamente da concordância do mesmo em compensar a vítima pelos danos causados pela prática do crime.

⁹³ A propósito do desenvolvimento do sistema de mediação penal na Hungria e da tramitação do processo, veja-se TÖRZS, Edit –*Victim - Offender Mediation in Hungary*. European Fórum for Restorative Justice. Newsletter, vol. 12, issue 2. September 2011. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/Newsletter/Vol12Issue2.pdf> . Cfr. também HATVANI, Erszébet - Victim-Offender Mediation in Hungary. In Paper from "Improving Citizenship & Restoring Community," THE 10TH INTERNATIONAL INSTITUTE FOR RESTORATIVE PRACTICES WORLD CONFERENCE. November 7-9, 2007, Budapest, Hungary.

4.244 processos de mediação⁹⁴. Para os resultados no ano 2007 pode em muito ter contribuído o facto de o sistema ter entrado em funcionamento nesse ano e de, consequentemente, ser ainda pouco divulgado. Desde o início do funcionamento sistema no ano de 2007 e até 2011 foram reencaminhados para a mediação um total de 14.972 processos (Quadro 3), valores bastante satisfatórios e animadores face à realidade ainda recente da mediação neste País.

Quadro 3: Volume de processos de mediação penal na Hungria⁹⁵



Em conclusão, julgamos que a célere integração, quer no Código Penal, quer no Código de Processo Penal, da possibilidade de existir mediação em matéria criminal, terá certamente contribuído para estes resultados, e para o aumento anual do número de processos encaminhados pelo sistema penal. Deste modo, é manifesta a crescente receptividade da mediação penal na Hungria, não só junto dos agentes judiciais, mas também junto da comunidade em geral.

⁹⁴ Relativamente ao ano de 2011 tratam-se no entanto de dados não oficiais do Ministério da Justiça e Administração Pública, disponibilizados pelo serviço de Reinserção social (probation) KIMISZ.

⁹⁵ Fonte: TÖRZS, Edit –*Victim - Offender Mediation in Hungary*. European Fórum for Restorative Justice. Newsletter, vol. 12, issue 2. September 2011. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/Newsletter/Vol12Issue2.pdf>

2.1.3-Estónia

Na Estónia, a mediação penal é denominada de conciliação⁹⁶ e na perspectiva do seu funcionamento está mais articulada com o sistema judicial do que o que sucede em outros sistemas europeus analisados. Não deixa no entanto de manter a sua autonomia processual e os seus princípios orientadores, tais como a voluntariedade e a confidencialidade. A mediação ou conciliação está prevista no Código de Processo Penal que entrou em vigor em 1 de Julho de 2004, precisamente no ano em que este País aderiu à União Europeia. Em 2007, procedeu-se à alteração deste diploma, sendo aditada uma subsecção (§203), que veio prever a possibilidade de, mediante a concordância da vítima e do ofensor, o Procurador do Ministério Público poder determinar o fim do procedimento criminal com base na existência de um acordo de mediação⁹⁷. Apesar de a experiência como Estado-Membro da União Europeia ser recente, a Estónia não demorou, contrariamente a alguns Países Europeus, de que é exemplo Portugal, a dar cumprimento à Decisão-Quadro de 2001 da União Europeia no que diz respeito à integração da mediação no seu processo penal.

A mediação, ou conciliação, é um serviço público coordenado pelo Departamento Social de apoio à vítima, pertencente ao Ministério dos Assuntos Sociais e o processo é conduzido por um conciliador independente. A figura do “conciliador”, designação adoptada na lei e que tem a mesma função da de mediador, tem no entanto uma relação mais estreita e directa com o tribunal, uma vez que pode solicitar junto deste o acesso ao processo criminal do ofensor, mantendo no entanto a confidencialidade dos factos de que venha a ter conhecimento⁹⁸. Caso exista necessidade de clarificar alguma questão legal, o procurador ou o juiz do tribunal podem ainda questionar o conciliador sobre o conteúdo do acordo obtido. Para que possa haver lugar a mediação, temos que o processo deve ser encaminhado por iniciativa do

⁹⁶ Não se trata do tipo de conciliação que é efectuada em tribunal e que é dirigida por um juiz, mas sim da tentativa de conciliação através do processo de mediação, coordenado por um terceiro imparcial (conciliador).

⁹⁷ A actividade da mediação só foi posteriormente regulada através da LEI DE CONCILIAÇÃO, que entrou em vigor em janeiro de 2010 (*Conciliation Act, RTI, 10.12.2009, 59,385*) em matéria civil mas que também é extensiva à área penal, no que concerne ao seu procedimento, princípios e actividade do mediador cfr. KIVISOO, Liina Naaber –*Estonia: Mediation Country Report*. [EmLinha]. Disponível em WWW: [http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Mediation Country Report Estonia.pdf](http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Mediation%20Country%20Report%20Estonia.pdf)

⁹⁸ No sistema mais usual o mediador apenas tem informação acerca da identificação da vítima e do ofensor e do tipo de crime em causa.

procurador público ou do juiz do tribunal, consoante a fase em que o processo se encontre, e há ainda que observar o pressuposto do consentimento da vítima e do ofensor⁹⁹.

Em observância à *Recomendação R 99 do Conselho da Europa*, a Estónia criou um regime legal que prevê o recurso à mediação em todas as fases do processo penal e em todos os tipos de crimes. Todavia, a propósito dos crimes passíveis de serem submetidos a mediação, o regime legal adoptado apresenta algumas limitações no que diz respeito ao alcance processual do acordo de mediação, conforme o disposto no artigo 1º, parágrafo 2, §203 do Código de Processo Penal. Assim, quando estejam em causa crimes mais graves, isto é, aqueles em que a pena é de prisão superior a cinco anos, e cuja submissão a mediação penal é considerada admissível atendendo a motivos de interesse público, o acordo na mediação não determina o fim do processo criminal, nem substitui a sentença, mas o Juiz pode, mediante o cumprimento do acordo de mediação que haja sido firmado, determinar uma diminuição da pena a aplicar ao ofensor¹⁰⁰. Já em relação aos crimes menos graves, a existência de acordo na mediação determina o arquivamento do processo criminal pelo Juiz, a requerimento do procurador público, desde que se não verifique interesse público na continuação do processo penal e exista consentimento da vítima e do ofensor¹⁰¹. De notar que, além da reparação da vítima, o acordo pode também conter outras obrigações para o ofensor, nomeadamente a participação em programas de reinserção social ou de interesse comunitário, sendo que a respectiva duração não poderá exceder os seis meses.

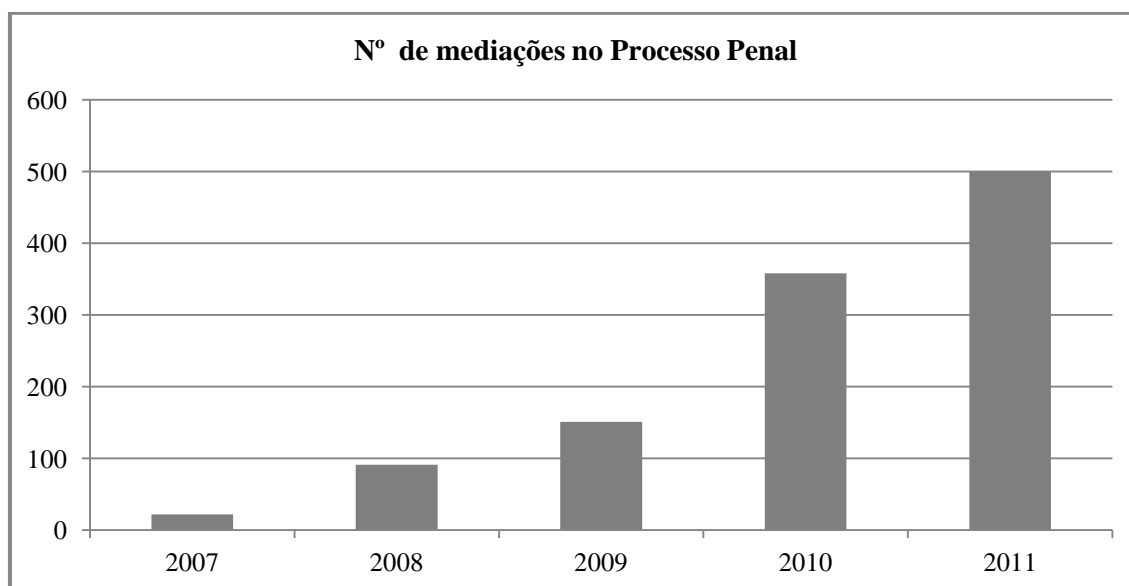
Relativamente ao número de mediações ou conciliações realizadas no processo penal Estónio desde o início do sistema, em 2007, constata-se que nesse ano apenas foram reencaminhados 22 processos (Quadro 4). No entanto, entre os anos de 2008 e 2011 registou-se um aumento progressivo do número de mediações no processo penal. Assim, em 2008 registaram-se 91 processos de mediação, o que, relativamente ao ano de 2007, significou um aumento de 69 processos. Este aumento foi ainda mais significativa em 2009 e em 2010, com um total de 151 e de 358 processos, respectivamente. Finalmente, no ano de 2011 foram contabilizadas 500 mediações, o que perfaz um total de 1.122 processos nos quatro anos de actividade do sistema.

⁹⁹ A propósito da tramitação do processo de mediação e do papel do conciliador veja-se também a subsecção 203, parte II, art.1º do Código de Processo Penal, cfr. KRUUSER, Aare – *Restorative Justice in Estonia*. In European Fórum for Restorative Justice, [Em Linha].Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/Countries/Estonia/Estonia.pdf>.

¹⁰⁰ Onde se incluem entre outros, os crimes de homicídio, violação, abuso sexual de menores ou tráfico de órgãos humanos

¹⁰¹ Nos crimes cuja pena aplicável não seja superior a cinco anos, cfr. art .1º sub secção § 203.

Quadro 4: Volume de processos de mediação penal na Estónia¹⁰²



Apesar de, à semelhança dos sistemas analisados anteriormente, estarmos perante resultados ainda não muito significativos do ponto de vista estatístico, uma vez que os processos encaminhados para a mediação penal representam apenas uma pequena percentagem da totalidade dos processos-crime, a presente apresentação atinente à Estónia tem por essencial propósito destacar a estreita articulação com o sistema judicial que existe neste sistema de mediação, à semelhança do que se viu suceder nos sistemas jurídicos anteriormente referidos. Com efeito, o recurso cada vez cada vez mais frequente à mediação é fruto sobretudo da sua maior aceitação por parte dos diferentes operadores judiciais que intervêm no processo penal, concretamente de procuradores públicos, juízes, oficiais de justiça e advogados.

¹⁰²Fonte: INSTITUTO DE ESTATISTICA DA ESTÓNIA. In Statistics Estónia [Em linha] Disponível em WWW: http://pub.stat.ee/pxweb.2001/dialog/varval.asp?ma=JU004&ti=TERMINATED+PROCEEDINGS+IN+OFFENCES+BY+BASE+FOR+TERMINATION+AND+DEGREE+OF+OFFENCE&path=../I_databas/Social_life/07Justice_and_security/03Crime/&search=CONCILIATION&lang=1

2.1.4- Polónia

A Polónia foi um dos primeiros Países Europeus a introduzir a mediação penal no seu ordenamento jurídico. Em 1995, uma Organização Não-Governamental denominada *Patronat*, iniciou um projecto-piloto com a duração de três anos direccionado para os jovens ofensores, e, após uma avaliação positiva do projecto, desenvolveu junto do Ministério da Justiça algumas propostas para a o alargamento da mediação à justiça penal de adultos e sua institucionalização no sistema de justiça criminal. Em 1997, a mediação penal passou a estar prevista no Código de Processo Penal Polaco (*Act of 6 June 1997, Code of Criminal Procedure*) como medida de redução da litigância e bem assim da duração dos processos criminais.

Inicialmente, o recurso à mediação penal apenas era possível na fase inicial do processo, durante a fase de investigação, mas em 2003, depois de aprovada uma alteração do Código de Processo Penal, foram introduzidas, na sua parte geral (artigo 23ºa), novas disposições, de modo a favorecer uma maior aplicação da mediação penal. Estas alterações legislativas vieram permitir a admissibilidade da mediação em qualquer fase do processo penal¹⁰³. De acordo com o disposto no artigo 23ºa do Código de Processo Penal, o tribunal pode, por sua iniciativa ou com o consentimento da vítima e do ofensor, encaminhar os casos para os serviços de mediação, de modo a que estes conduzam o processo entre a vítima e o ofensor. O processo de mediação não deve prolongar-se por mais de um mês, não contando para o efeito o tempo necessário para os procedimentos preparatórios (parágrafo.2º do mesmo artigo). No mesmo ano de 2003, o Ministério da Justiça regulamentou também a actividade de mediação, estabelecendo não só as condições que as Instituições ou pessoas devem reunir para o exercício da mediação, mas também os procedimentos do mediador e as regras de tramitação do processo de mediação¹⁰⁴.

¹⁰³ Acerca da introdução da mediação no processo penal na Polónia veja-se, CZWARTOSZ, Elzbieta – Mediation in Polish criminal procedure. In *Victim –offender mediation, Short notes from Poland* .[Em Linha] Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/czwartosz/view> . Ainda a este propósito cfr., ZEMLYANSKA, Vira - Implementation of Restorative Justice in Central and Eastern Europe, In *The Development of Restorative Justice in Central and Eastern Europe*.Dissertation. [Em Linha].The University of Sussex.Sussex Law School.p.38-39.[Consult.14 Jun 2012].Disponível em WWW: http://www.restorativejustice.org.uk/assets/ugc/fetch.php?file=y8eq_the_development_of_restorative_justice_by_vira_zemlyanska.pdf

¹⁰⁴ Através da Portaria nº11 de 13 de Junho de 2003 (provision 11). De acordo com esta regulamentação o mediador apenas está autorizado a conduzir a mediação de uma forma directa ou seja com a presença simultanea

Quanto à tramitação do processo, o procurador do Estado pode, a requerimento das partes ou por sua iniciativa, encaminhar o processo para mediação, mediante o consentimento da vítima e do ofensor. Posteriormente, o procurador pode ter em consideração o resultado da mediação, mediante a elaboração de um relatório que contenha parecer favorável nesse sentido, relatório que é submetido ao juiz do processo, que por sua vez pode com base no mesmo relatório aplicar uma medida de diversão do processo ou mitigar a sentença. De acordo com o disposto no artigo 66.º (3) do Código Penal Polaco, o procurador pode também requerer a suspensão condicional do processo se existir acordo entre a vítima e o ofensor e se este último reparar os danos causados pela prática do crime. A mitigação da sentença está prevista no artigo 53.º do Código Penal e permite que o Juiz do Tribunal tenha em consideração o acordo alcançado na mediação na determinação da sentença. Em relação ao tipo de crimes que podem ser encaminhados para mediação, o artigo 66.º do Código Penal prevê a discontinuidade do processo apenas nos crimes cuja pena aplicável não seja superior a cinco anos de prisão. Já a mitigação da sentença, como resultado do acordo de mediação, só é possível nos crimes cuja pena aplicável seja superior a cinco anos de prisão (artigo 60º, n.º 2 do Código Penal)¹⁰⁵.

Os serviços de mediação penal são coordenados, desde o ano de 2000, pelo centro de mediação da Polónia (PCM). A sua actividade consiste na condução dos processos de mediação, bem como na organização dos programas de formação de mediadores, a nível nacional. De referir ainda que os mediadores são voluntários e que de acordo com os requisitos legais em vigor necessitam de possuir experiência adequada para o exercício da função. Além de a mediação ser possível em todas as fases processuais tal como anteriormente referido, o Código de Execução de Penas também permite que os Serviços Prisionais introduzam a mediação penal nas prisões, durante o cumprimento da pena pelo ofensor (artigo 162.º n.º 1 aditado pela lei de 24 de Julho de 2003). Esta iniciativa nasceu depois de uma experiência de nove mediações, conduzida em estabelecimentos prisionais em que os ofensores se encontravam detidos preventivamente¹⁰⁶.

da vítima e do ofensor, excluindo-se o método de mediação individual ou indirecta. Assim também CZWARTOSZ, Elzbieta, *op.cit.*

¹⁰⁵ Cfr. FELLEGI, Borbala - Meeting the Challenges of introducing Vom in CEE. In *Meeting the Challenges of introducing Victim-Offender Mediation in Central and Eastern Europe*. JAI/2003/AGIS/088. European Forum for Victim- Offender Mediation and Restorative Justice. 2005. p.40-44 [Em Linha] Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/FinalAGIS2publication.pdf>

¹⁰⁶ *Ibidem*

Relativamente aos resultados da mediação no processo penal na Polónia, e apesar da sua consagração legal desde o ano de 1997, só depois de 2003, com o respectivo alargamento a todas as fases do processo que se assinalou, foi notado um aumento significativo de processos. Apesar de nos centrarmos na mediação em todas as fases do processo penal e no sentido de percebermos o resultado positivo deste alargamento em termos comparativos com o que antes sucedia, importa referir que entre o ano de 1998 e o ano de 2002, período em que a mediação penal estava restrita à fase de inquérito, foram contabilizados 4.812 processos de mediação.

No quadro seguinte, referente ao número de processos de mediação no processo penal, podemos constatar que no ano de 2006 se registaram um total de 5.052 mediações em todas as fases do processo penal, ou seja, um número que em um único ano civil se apresenta superior ao total de processos referenciados entre 1997 e 2002. Relativamente ao período compreendido entre 2003 e 2010¹⁰⁷, uma vez que relativamente ao ano de 2011 não estão disponíveis dados estatísticos junto do Ministério da Justiça, foram encaminhados 29.423 para o sistema de mediação penal.

Quadro 5: Volume de processos de mediação penal na Polónia¹⁰⁸

Ano	Nº de processos em todas as fases do Processo penal	Percentagem de acordos obtidos na mediação
2003	1858	59,6%
2004	3569	59,5 %
2005	4440	62%
2006	5052	60,6%
2007	4178	65,9%
2008	3891	65,6%

¹⁰⁷ O ano de 2011 não pôde ser considerado porque à data da conclusão do presente estudo ainda não haviam sido disponibilizados pelo Ministério da Justiça Polaco.

¹⁰⁸ Fonte:Dados estatísticos do Ministério da Justiça da Polónia, disponíveis em <http://www.ms.gov.pl/en/management/>.

2009	3714	67,4%
2010	2541	89,5%
	Total : 29243	Percentagem média de acordos: 63%

Em conclusão, mesmo considerando o facto de estes resultados não respeitarem ao número de acordos obtidos, cuja percentagem média se situa nos 63%, não deixa de ser evidente um maior número de processos encaminhados para mediação penal comparativamente aos sistemas anteriormente analisados. A diferença de números talvez resulte da circunstância de nos outros ordenamentos jurídicos a mediação ter sido introduzida mais tardiamente e, ao contrário do que sucedeu na Polónia, a iniciativa não ter sido espontânea, antes condicionada pela imposição da Decisão-Quadro de 2001 do Conselho da União Europeia.

A mediação em contexto prisional é já, como vimos, uma realidade em alguns Países europeus, ainda que em regra sob a forma de projectos experimentais. Não obstante, o seu surgimento foi fortemente influenciado pelas experiências realizadas nos Estados Unidos da América neste domínio a partir da década de noventa do século XX. Embora fora do contexto europeu em análise, é evidente a sua importância e influência no lançamento dos projectos em curso na Europa e o modo como se tem desenvolvido a mediação em contexto prisional nesse país influenciará certamente o evoluir da experiência europeia. É por isso que o estudo do surgimento e dos objectivos visados com a mediação em contexto prisional, a par do seu enquadramento legal e modo de funcionamento de alguns dos mais significativos programas de mediação em aplicação nos Estados Unidos da América nos merece dedicação *infra*.

2.1.5- A experiência Anglo-Americana na mediação pós-sentença

Existem actualmente nos Estados Unidos da América cerca de trezentos programas de mediação entre vítima e ofensor, implantados quer em comunidades locais de pequena dimensão, quer em um crescente número de sistemas de justiça estaduais. Estes programas, surgidos inicialmente sob a forma de projectos de reconciliação (*victim-offender reconciliation projects*), foram inspirados na experiência, já anteriormente referida a

propósito do surgimento da Justiça Restaurativa (Capítulo I), desenvolvida em 1974 na localidade de Elmira, em Kitchener, no Canadá, quando dois jovens foram acusados da prática de vinte e dois crimes de dano. O técnico de reinserção social responsável por este caso, conjuntamente com um membro da Comissão Central da Comunidade *Mennonite*, decidiram então propor ao tribunal local uma solução alternativa ao julgamento e que passaria pelo encontro entre os dois jovens e cada uma das vinte e duas vítimas dos crimes, com o objectivo de os jovens entenderem o impacto causado pelo seu comportamento criminal e de assumirem pessoalmente as suas responsabilidades. Na sequência desta proposta, o Juiz ordenou a suspensão do processo pelo período de um mês para que estes encontros se realizassem. Na decisão judicial foi decretada a suspensão do processo mediante uma reparação monetária às vítimas. Assim, os jovens ofensores, conscientes da sua conduta, dirigiram-se à residência de cada uma das vítimas para realizar o pagamento da quantia correspondente aos danos materiais provocados a cada uma delas. Ora, foi precisamente a experiência de Kitchener que deu origem ao primeiro projecto de mediação entre vítima e ofensor nos Estados Unidos da América, em 1978. Esse projecto foi desenvolvido no Estado de Indiana, através de uma iniciativa da Comissão Central da Comunidade *Mennonite*, de técnicos de reinserção social e de um juiz local, que resolveram encaminhar casos para mediação semelhantes ao que acima se descreveu, ocorrido no Canadá¹⁰⁹. Quer isto dizer que as primeiras experiências de mediação penal ocorridas no país em estudo se situam fora do contexto prisional.

Note-se que a Associação Americana de Advogados (ABA-*American Bar Association*) também teve um papel importante no desenvolvimento da mediação entre vítima e ofensor. Após um longo período de apoio da mediação direccionada a questões civis nos tribunais e com pouco interesse na mediação penal, esta associação, após um estudo efectuado em 1994, passou a recomendar a sua prática também junto dos tribunais criminais de todo o País, elaborando simultaneamente um conjunto de recomendações e orientações nesta área¹¹⁰.

Os programas de mediação penal vigentes nos Estados Unidos da América mediação tiveram várias designações. Inicialmente classificados como programas de reconciliação entre

¹⁰⁹ Sobre a experiência de Kitchener, veja-se ZEHR, Howard – VORP: An Experimental . In *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. USA: Herald Press, 1990. ISBN 0-8361-3512-1. p.158 – 160.

¹¹⁰ Nomeadamente através da Recomendação da Câmara dos Delegados desta Associação aprovada em Agosto de 1994 e que também veio estabelecer os requisitos para a existência de programas de mediação entre vítima e ofensor Cfr. AMERICAN BAR ASSOCIATION – *Endorsement of Victim –Offender Mediation / Dialogue Programs*.:Recommendation. ABA House of Delegates, August, 1994 [Em Linha] .Disponível em WWW: <http://www.vorp.com/articles/abaendors.html>

vítima e ofensor (VORP), verificou-se, durante a década de noventa do século XX, alguma discordância quanto à utilização do termo “reconciliação” nos programas. Na opinião de alguns membros da comissão da ABA, esta denominação poderia sugerir que as vítimas devessem perdoar o ofensor, apesar de as mesmas poderem não estar preparadas para o fazer. Foram então adoptadas as designações de “programa de mediação” ou “Diálogo entre vítima e ofensor”, procurando dar mais ênfase ao processo e menos ao acordo esperado, o que em nosso entender se afigura como a solução mais ajustada¹¹¹

Considerando que os Estados Unidos da América têm de há muito uma das maiores taxas de reclusão a nível mundial, não é por isso de estranhar que os programas de mediação que se iniciaram e que continuam hoje em funcionamento sejam maioritariamente destinados a casos de menor gravidade e que funcionem como medida de diversão do processo, na fase anterior ao julgamento, tornando-se a mediação neste contexto um mecanismo que pretende “combater” este problema da elevada taxa de reclusão e reduzir os custos associados ao encarceramento. Já os programas de mediação pós-sentença a que aqui nos pretendemos especificamente dedicar estão inseridos em contexto prisional e surgiram com finalidades muito distintas das que se acabam de enunciar.

De facto, o surgimento dos programas de mediação pós-sentença deveu-se em grande medida à vontade manifestada pelas vítimas, ou pelos familiares respectivos, em confrontar os ofensores responsáveis pela prática do crime. Estes programas não tinham e não têm a pretensão de substituir os tribunais ou tão pouco de produzir o efeito de uma sentença, uma vez que o ofensor já foi condenado a uma pena de prisão aquando da intervenção destes programas de mediação ora em referência.

Em 1994, o Departamento de Justiça Criminal do Estado do Texas criou o primeiro programa de mediação prisional, também denominado de programa de diálogo entre vítima e ofensor (*victim-offender mediation/dialogue*), dando execução à possibilidade legal de mediação em contexto prisional prevista na secção 56.13 do Código de Processo Penal do Texas. Este programa, coordenado por mediadores voluntários pertencentes à comunidade local e dotados de formação específica, permitiu que as vítimas ou os seus familiares se encontrassem com os respectivos ofensores posteriormente à sua condenação e detenção em

¹¹¹ Neste sentido, *ibidem* da nota anterior.

estabelecimentos prisionais. A iniciativa do encontro pertencia normalmente às vítimas e tanto a sua participação como a do ofensor seria voluntária¹¹².

Em 2004 foi realizada uma avaliação ao programa em vigor no Estado no Texas. Por essa altura tinham já sido realizadas cerca de 187 sessões de mediação, na sua grande maioria entre familiares de vítimas de homicídio e seus ofensores. Cerca de 97% dos participantes mostraram-se satisfeitos com o processo, dos quais 80% sentiram, com o processo de mediação desenrolado, uma mudança nas suas vidas. O estudo efectuado demonstrou que, após os encontros e os diálogos mantidos com os ofensores, os familiares das vítimas não esqueciam o crime e as suas consequências, mas de certa forma conseguiam atenuar os seus sentimentos de raiva e de vingança.

Em relação aos ofensores, notou-se com a participação no programa uma melhoria na sua auto-estima uma vez que tiveram a possibilidade de prestar, de alguma forma, uma compensação à vítima e aos familiares, demonstrando arrependimento pela sua conduta. Depois de desenvolvidos os programas de mediação, notou-se também entre os reclusos que neles participaram uma diminuição dos problemas disciplinares na prisão¹¹³.

O processo de mediação é normalmente bastante longo e intenso, dado que envolve a fase de preparação individual da vítima e do ofensor, a fase de diálogo e o acompanhamento posterior (*follow-up*). A preparação pode ter um período de duração entre seis e dezasseis meses, consoante a complexidade do caso. O objectivo desta fase é construir uma relação de envolvimento no processo com cada um dos intervenientes e perceber as suas necessidades e expectativas da mediação. No caso concreto do programa desenvolvido pelo Departamento de Justiça Criminal do Texas, é efectuado um questionário individual que pretende avaliar um conjunto de factores, tais como a capacidade de expressão da vítima e do ofensor, os factores de segurança e de risco da mediação, bem como as suas necessidades de suporte a nível familiar e do sistema de justiça.

O mediador, durante o seu trabalho de preparação e nas fases subsequentes do programa, recorre normalmente a estruturas de apoio do sistema prisional, envolvendo, nomeadamente, psicólogos ou terapeutas, que têm como função avaliar se a participação da vítima na

¹¹² Diferencia-se do processo de mediação e reconciliação que ocorre na fase inicial do processo penal ou antes do julgamento onde se procura um acordo de reparação material ou emocional que “substitua” a sentença. Ao invés na mediação pós-sentença procura-se apenas o diálogo como forma de reparação emocional.

¹¹³ Neste sentido, LEVIN, Marc- *Victim-Offender Mediation and Plea Bargaining Reform in Texas*. In Policy Perspective. Texas Public Policy Foundation. April, 2006. [Em Linha] Disponível em WWW: <http://www.texaspolicy.com/pdf/2006-04-PP-VOM-ml.pdf>

mediação é segura, adequada e oportuna. Este suporte pode ainda envolver no programa amigos e familiares da vítima e do ofensor, o advogado da vítima, bem como técnicos do sistema prisional. No final da fase de preparação, a vítima, o ofensor e o mediador já possuem uma ideia daquilo que irá ser discutido durante o encontro e no decurso do diálogo que nele terá lugar. No decorrer da mediação, o mediador dispõe de um guia de orientação de procedimentos (*check-list*), mas o objectivo é a sua discrição e intervenção mínima, para que possa existir diálogo entre a vítima e o ofensor sem restrições. O mediador apenas monitoriza o diálogo e mantém as devidas salvaguardas de segurança, agindo mais como um facilitador de comunicação.

Após as sessões de mediação ou diálogo, é feito o acompanhamento (*follow-up*) pelo mediador, que tem normalmente lugar um mês após o encontro. Esta fase, que inclui o contacto com as pessoas envolvidas, tem como objectivo avaliar os resultados do processo de mediação, bem como dar resposta a necessidades da vítima e do ofensor que posteriormente possam ter surgido depois da mediação. O acompanhamento em referência pode ocorrer durante um período que varia entre três meses e um ano e, apesar de poder ser feito conjuntamente com todos os envolvidos em simultâneo, ocorre normalmente em separado, através de contacto pessoal ou por contacto telefónico. A avaliação do impacto do diálogo entre os participantes, bem como a forma como os mesmos se encontram emocionalmente durante o *follow-up* é fundamental muito especialmente na mediação em crimes violentos, devido ao seu elevado grau de complexidade. Após a conclusão dos encontros de acompanhamento, o processo é encerrado pelo mediador. Todavia, apesar de deixar de ter contacto com os intervenientes, o mediador pode encaminhá-los para outras instituições, nomeadamente para serviços de apoio à vítima e de reinserção social¹¹⁴.

O segundo programa de mediação entre vítima e ofensor em contexto prisional a surgir nos Estados Unidos da América foi desenvolvido em 1996, no Estado do Ohio, pelo Departamento de Reabilitação Prisional. O processo era dirigido por um funcionário do Departamento e por um voluntário pertencente à comunidade, que actuavam como facilitadores. O tempo de preparação da mediação dependia muito do que a vítima e o ofensor pretendiam alcançar no encontro, mas no caso do programa de Ohio a sua duração média era e continua a ser de quatro a cinco meses, diferente portanto do programa do Estado do Indiana

¹¹⁴ Para uma análise mais desenvolvida sobre o processo de mediação nos crimes graves e o papel do mediador veja-se também UMBREIT, Mark S.- Advanced Mediation in Crimes of Violence. In *The Handbook of Victim Offender Mediation, An Essential Guide to Practice and Research*. Jossey Bass Inc.Publishers, 2001, ISBN 0 -7879.5491-8.p.256-264.

acima descrito que espelha o processo comumente seguido hoje nos Estados Unidos, mas mantendo-se o programa do Estado do Ohio em tudo o resto semelhante aos programas em vigor, tanto no que diz respeito à participação voluntária da vítima e do ofensor, como em relação às fases do programa.¹¹⁵

A Justiça Restaurativa, através dos programas de mediação ou diálogo entre a vítima e ofensor, procura dar um forte contributo no sentido de “humanizar” as prisões, melhorar a sua segurança e reintegrar o ofensor na sociedade. O grande obstáculo a este objectivo de criar uma “prisão restaurativa” está relacionado com a visão, algo conservadora, de que a justiça restaurativa é uma opção suave face à gravidade dos crimes cometidos e de que introduzir programas de mediação nas prisões como forma de aplicar a justiça restaurativa poderá tornar a pena mais leve para os criminosos. De acordo com esta perspectiva dita conservadora, as prisões foram concebidas para serem punitivas e qualquer tentativa de “suavizar” esta realidade contraria a Justiça na sua função retributiva. Ora, muitos reclusos que participam nestes programas foram condenados a pena de morte ou a prisão perpétua, penas que se podem ter como expoente máximo daquela função retributiva, pelo que mesmo sufragando uma visão retributiva do sistema de justiça se pode a ela associar uma aproximação restaurativa. Deste modo, entendemos que a Justiça Restaurativa e os programas de mediação não são incompatíveis com o sistema prisional, mas sim complementares¹¹⁶.

No contexto prisional, o conflito gerado pelo crime que abala as relações entre o ofensor, a vítima e a comunidade mantém-se, apesar da existência no sistema prisional de mecanismos, que proporcionam ao recluso oportunidades a nível educacional e profissional, com vista à sua reintegração social. Os programas de mediação não só podem funcionar como uma forma de *empowerment* do ofensor, de modo a que este assuma a responsabilidade das suas acções perante a vítima e a comunidade, contribuindo assim para a sua reinserção, como também proporcionam ao sistema prisional novos métodos de gestão de conflitos entre os reclusos, no

¹¹⁵ Sobre o surgimento e funcionamento dos programas de mediação no Estado do Texas e do Ohio bem como os resultados da sua implementação cfr. UMBREIT, Mark S. ; VOS, Betty – Victim –Offender Dialogue in violent cases: a multi-site study in the United States. In SPUY, Evan Der - *Restorative Justice: Politics, policies and prospects*. Juta & Co Ltd. Cape town, 2008. ISBN- 13 : 978 – 0- 7021- 7899-3.p.22-29.

¹¹⁶ Neste sentido , também em Portugal se introduziu no código de execução das penas e medidas privativas da liberdade a possibilidade do recluso participar, com o seu consentimento em programas de justiça restaurativa, designadamente através da mediação com a vítima. Cfr. CÓDIGO DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE . art.47º, nº4. Aprov. Pela Lei nº115 /2009 de 12 de outubro. In *Diário da República, 1.ª série — N.º 197 — 12 de Outubro de 2009*

interior dos estabelecimentos prisionais, já que a mediação pode ter aplicação aos reclusos como forma de superar os conflitos que surjam entre eles¹¹⁷.

De notar que actualmente a mediação em contexto prisional é uma realidade em cerca de dezanove Estados Americanos e está sobretudo direccionada para os crimes graves, tais como homicídio e violação. O processo de mediação decorre maioritariamente como se descreveu a propósito do Estado do Indiana.

2.2- A Introdução e a Regulamentação da Mediação Penal em Portugal

Tal como sucedeu em outros Países da Europa e dando cumprimento ao artigo 10.º da Decisão-Quadro n.º 2001, de 15 de Março do Conselho da União Europeia, Portugal criou em 2007 o regime de mediação em processo penal, através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Mas o surgimento de um regime de mediação em processo penal vinha sendo reclamado internamente por diversas instâncias. Vejamos em que termos.

Já nos *referimos* supra à importância dos movimentos de apoio à vítima que surgiram na década de noventa e que contribuíram de modo importante para a adopção da referida Decisão-Quadro. Em Portugal também se fizeram sentir. Depois, a introdução da mediação penal em Portugal foi também recomendada, em 2001, pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, e bem assim pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, já no ano de 2004. Acresce que diversas experiências bem sucedidas em outras áreas da mediação em Portugal, nomeadamente na área familiar e juvenil¹¹⁸, contribuíram para o surgimento em 2004 do primeiro projecto-piloto de mediação penal de adultos denominado “Projecto do Porto” e que resultou de um protocolo de cooperação firmado entre a Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a

¹¹⁷ Assim, EDGAR, Kimmett; NEWELL, Tim – Restorative Justice and Prisons. In *Restorative Justice and Prisons, A Guide to Making it Happen*. Water Side Press. UK, 2006. ISBN 1 904 380 25 5.p.22-26.

¹¹⁸ Relativamente ao âmbito familiar, a mediação era regulada pelo Despacho n.º 12 368/97, de 9 de Dezembro, do Ministro da Justiça (estando igualmente prevista no artigo 147.º-D da Lei de Organização Tutelar de Menores -OTM), e decorria no contexto do Gabinete de Mediação Familiar (GMF), circunscrito à região de Lisboa, enquanto a área juvenil era regulada pela Lei Tutelar Educativa (cfr. artigos 42.º e 104.º)). No momento presente, não se notam diferenças na área juvenil, mas no âmbito familiar é de assinalar a criação do Sistema de Mediação Familiar (SMF) através do Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de Agosto, e bem assim a consagração da mediação familiar no artigo 1774.º Código Civil, na redacção introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

Procuradoria-Geral Distrital do Porto e o Departamento de Investigação e Acção Penal (DIAP) do Porto. Este projecto destinava-se aos processos na fase de Inquérito a correr termos no DIAP, relativamente a crimes particulares e semi-públicos em que fosse aplicável o arquivamento em caso de dispensa de pena, de acordo com o disposto no artigo 280.º do Código de Processo Penal ou a suspensão provisória do processo nos termos do artigo 281.º do Código de Processo Penal. Pretendia-se, através da mediação, contribuir para o acordo e para a “pacificação” dos sujeitos processuais com vista à prevenção da reincidência da litigação. Por isso que os critérios utilizados para a escolha dos casos remetidos para a mediação incidiram sobretudo em situações em que existia uma relação de proximidade ou de parentesco entre a vítima e o ofensor.

De acordo com o protocolo de cooperação firmado entre as três Entidades, pertenceria ao Ministério Público a remessa do processo de Inquérito para a mediação e a notificação, por escrito, do ofendido e do queixoso, dando-lhes conhecimento do respectivo encaminhamento. Além desta informação, a notificação deveria conter os factos objecto do Inquérito e uma explicação sumária dos objectivos da mediação. Tal como se encontra hoje consagrado na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, no “Projecto do Porto” a mediação dependia do consentimento da vítima e do ofensor. Posteriormente, e através do Gabinete de Serviços à Comunidade da Faculdade de Direito do Porto, seriam contactados os sujeitos processuais, para a marcação de uma primeira sessão de pré-mediação realizada com cada um dos participantes separadamente. O objectivo dessas sessões separadas era o de prestar informações e esclarecimentos sobre os objectivos da mediação e as regras e princípios que a enquadram¹¹⁹. Posteriormente, as sessões de mediação decorriam nas instalações da Faculdade e era realizada por mediadores voluntários. Na sequência dos acordos obtidos, as vítimas demonstravam vontade em fazer cessar o procedimento criminal contra o ofensor. Estes resultados vieram demonstrar uma maior aproximação e pacificação entre a vítima e o ofensor após o processo de mediação¹²⁰.

Decorrida uma primeira fase do projecto, no período compreendido entre Dezembro de 2004 e Dezembro de 2005, constatou-se que a grande maioria dos processos em que se havia aplicado a suspensão provisória do processo incidia sobre crimes “sem vítima”, tais como a condução em estado de embriaguez, a posse ilegal de arma ou a usurpação de funções. Onde,

¹¹⁹ Princípios e regras da mediação estabelecidos na Recomendação NºR (99) 19 do Conselho da Europa

¹²⁰ Neste sentido e a propósito do «projecto do Porto», MORAIS, Teresa – Mediação Penal, O «Projecto do Porto» e o Anteprojecto da Proposta de Lei. In *Revista do Ministério Público*. Ano 27, Jan – Mar 2006. Número 105.p.135- 139.

de acordo com os critérios previamente fixados para a remessa de processos para a mediação penal, tal remessa não poderia ter lugar na grande maioria dos casos em que o instituto referido havia tido aplicação. Verificou-se também a pouca aplicabilidade prática do instituto da dispensa de pena, uma vez que, nos termos do artigo 74.º do Código Penal, este instituto só pode ter aplicação quando estejam em causa crimes punidos com pena de prisão não superior a 6 meses ou com pena de multa não superior a 120 dias. Logo, por via da dispensa de pena, era também difícil a remessa de processos para mediação penal. Perante estas limitações, e face à relevância da mediação penal, percebeu-se a importância de a consagrar como um instituto autónomo, não dependente dos mecanismos de diversão já previstos na lei¹²¹. Efectivamente, foi o que veio a suceder aquando da consagração legal da mediação em processo penal. Importa por isso analisar o processo que conduziu a uma tal consagração.

Em 2006, e dando cumprimento a uma obrigação do Estado Português enquanto membro da União Europeia, o Ministério da Justiça apresentou o Anteprojecto de proposta de lei de mediação penal, datado de 21 de Fevereiro de 2006, que submeteu a debate público. Nesse articulado optou-se por integrar a mediação no processo penal, ao invés de criar um processo alternativo a este. Pretendeu-se assim garantir um maior recurso à mediação, uma vez que, por se tratar de um mecanismo novo, o desconhecimento dos sujeitos processuais grassaria, e caso funcionasse como um processo alternativo ao processo penal a sua utilização seria previsivelmente diminuta e o desconhecimento do instituto dificilmente seria superado.

Na versão do documento a que se vem fazendo referência foi igualmente prevista a possibilidade de recurso à mediação também nos crimes de natureza pública, já não enquanto instituto autónomo, antes através do instituto da suspensão provisória do processo, previsto no artigo 281.º do Código de Processo Penal. Verificados os requisitos legais, o Ministério Público, encerrada a fase de Inquérito, suspenderia provisoriamente o processo, aguardando-se o cumprimento por parte do arguido do acordo que resultasse da mediação¹²². O modo como estava previsto para a mediação penal o regime que se acaba de descrever a propósito da aplicação da suspensão provisória do processo no âmbito dos crimes públicos suscitou sérias dúvidas acerca da sua constitucionalidade. Isto porque era atribuída competência ao

¹²¹ Assim, e abordando as opções legislativas e dúvidas decorrentes da lei de mediação penal, MORAIS, Teresa – *Breves Reflexões sobre Mediação Penal*. I Em Linha]. In Comunicação para Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 8 de janeiro de 2007. [Consult. 16 Jun 2012] . Disponível em WWW: http://www.trp.pt/mp_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html .

¹²² Cfr. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – *Anteprojecto de lei de mediação em processo penal* (Versão para Debate Público). artigo 4.º. [Em Linha] Ministério da Justiça, 21 de Fevereiro de 2006. Disponível em WWW: <http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/90ecba40017f7282bf34df4dd7f3d140.pdf>

Ministério Público para a suspensão provisória do processo e bem assim para a imposição ao arguido de injunções e de regras de conduta, tudo isto sem a intervenção do Juiz de Instrução Criminal, à revelia do que se prevê no Código de Processo Penal (cfr. Artigo 281.º, n.º 1). Sucede que o regime que arredava a intervenção do Juiz de Instrução Criminal havia já tido consagração na versão primeira do Código de Processo Penal de 1987, mas fora julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 7/87, de 09 de Fevereiro, por violação dos artigos 206.º e 32.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa¹²³. Talvez o que vai exposto explique porque a mediação penal não veio a ter consagração para os crimes de natureza pública.

Outra proposição apresentada na proposta de lei de mediação em processo penal em análise seria a obrigatoriedade de o Ministério Público, uma vez apresentada a queixa e existindo arguido constituído, remeter o processo para a mediação penal, mesmo nos crimes de natureza particular. Esta opção pela remessa do processo para mediação logo no início da fase de Inquérito foi então justificada por razões de economia e de celeridade processuais. Independentemente da moldura penal, ficaram excluídos da mediação penal os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual e os crimes em que o ofendido fosse menor de 16 anos (artigo 2.º, n.º 2 e artigo 6.º n.º 2 do anteprojecto de lei), apesar de a *Recomendação n.º R (99) 19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa* não estabelecer restrições, nem em função da idade dos ofendidos nem em função da natureza dos crimes ou do agente¹²⁴.

Na proposta de lei optou-se ainda por fixar um programa experimental a ter lugar inicialmente em um número limitado de comarcas, de modo a que se pudessem assim corrigir eventuais debilidades de regime, tendo sempre no horizonte o objectivo de progressivo alargamento. Por outro lado, dado este seu carácter experimental e com vista ao aperfeiçoamento mais fácil do regime, a mediação penal em processo penal mereceria

¹²³ Suscitada a inconstitucionalidade do artigo 281.º do Código de Processo Penal na perspectiva da admissibilidade da suspensão provisória do processo e da competência para a sua aplicação por nele não se prever a intervenção do juiz de Instrução, considerou o Tribunal Constitucional no referido Acórdão que a atribuição ao Ministério Público de competência para decretar tal medida, bem como a possibilidade de este Órgão poder aplicar injunções e regras de conduta ao arguido, seria inconstitucional, por violação do artigo 206.º da Constituição da República Portuguesa (a que corresponde o actual artigo 202.º n.º 3) e do princípio da função jurisdicional que compete apenas ao tribunal. Cf. ACÓRDÃO Nº 7/87 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Diário da República, I Série, nº 33, de 9.2.87*. No mesmo sentido, ORDEM DOS ADVOGADOS- *Anteprojecto de Diploma sobre Mediação Penal*. Parecer Nº 05 / 06 do Gabinete de Estudos.[Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=57113&idsc=27684&ida=50600

¹²⁴ Em sentido favorável à inclusão destes crimes na mediação penal, veja-se CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA- *Comentários ao Anteprojecto de Diploma sobre Mediação Penal*. [Em Linha] Disponível em WWW: http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer06_05.pdf. Em sentido oposto ROQUES, Flávio Serrano - *Mediação Penal – Comentários ao Projecto de Proposta de Lei*. In *Mediação em Processo Penal*. Verbo Jurídico: compilações doutrinárias, Abril, 2006. p.2.

regulação em diploma avulso, optando-se pela sua não inclusão no Código de Processo Penal. Algumas medidas constantes no Anteprojecto da proposta de lei, nomeadamente a possibilidade de remessa dos processos para mediação nos crimes públicos e a obrigatoriedade do seu encaminhamento por parte do Ministério Público nos crimes de naturezas particular e semi-pública que coubessem no âmbito material de aplicação do diploma, acabaram por não reunir consenso entre o Governo e o maior partido da oposição aquando da assinatura do pacto para a reforma da Justiça, em Setembro de 2006. Como tal, estas propostas não vingaram no actual regime de mediação penal, ora regulado através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

O regime da mediação em processo penal viria a ser regulado por meio de três Portarias, ns.º 68-A/2008, 68-B/2008 e 68-C/2008, todas de 22 de Janeiro, que assim criaram e regularam o Sistema de Mediação Penal (SMP) e para regularam aspectos específicos do programa de mediação, nomeadamente o modelo de notificação de envio do processo para mediação, o procedimento de Selecção dos Mediadores penais. O SMP, coordenado pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Lítigios (GRAL) sob a tutela do Ministério da Justiça, começou a operar em 23 de Janeiro de 2008, durante um período experimental de dois anos e inicialmente em quatro comarcas (Porto, Oliveira do Bairro, Aveiro e Seixal). Posteriormente, a Portaria n.º 732/2009, de 8 de Junho, alargou o funcionamento do SMP a quinze comarcas, concretamente, às comarcas de Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Porto, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia e ainda nas comarcas-piloto de Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste.

O surgimento do regime de mediação penal pretendeu trazer vantagens ao nível do descongestionamento dos tribunais no âmbito da pequena criminalidade e traduziu-se essencialmente na tentativa de mudança de paradigma do processo penal português, por meio da introdução no sistema punitivo de mecanismos menos “repressivos” de resolução de conflitos, com a reparação através da mediação. Independentemente do efeito de reparação moral e material da vítima, a mediação veio constituir uma forma de diversão do processo penal, mas também um outro meio de realização das finalidades preventivas do direito penal, procurando contribuir para a pacificação da sociedade abalada pelo crime e para a reabilitação do ofensor¹²⁵. A diversão busca soluções alternativas ao sistema penal tradicional, no sentido de responder a certas formas de ilícito criminal. Da nossa perspectiva, a resolução dos

¹²⁵ Deste modo, RODRIGUES, Anabela - A Propósito da Introdução do Regime de Mediação no Processo Penal. In *Revista do Ministério Público*. Ano 27, Jan – Mar 2006. Número 105.p.129-131.

problemas relativos à pequena criminalidade não se resolvem com o agravamento de sanções punitivas, mas sim através da implantação de medidas alternativas, como a diversão, já que desta forma a infracção pode ser resolvida sem necessidade de recorrer a uma determinada sanção penal, ou seja, é resolvida de modo desjudiciarizado¹²⁶.

2.2.1- Análise da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, e a Tramitação do Processo de Mediação

De acordo com o regime legal em vigor, a mediação em processo penal só pode ter lugar quando estejam em causa crimes cujo procedimento dependa de acusação particular (todos os crimes de natureza particular) ou de queixa, mas nestes apenas quando se trate de crimes contra as pessoas ou contra o património, excepto crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual e, para além disso, a pena aplicável não pode em qualquer caso ser de prisão superior a cinco anos (artigo 2.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho).

Várias são as razões apontadas para a exclusão da mediação penal nos crimes de natureza pública. Desde logo, na perspectiva do legislador, a mediação penal é essencialmente uma forma de diversão do processo e como tal insere-se na pequena e média criminalidade e não na mais grave, normalmente associada aos crimes de natureza pública. Também o carácter experimental da mediação penal motivou a decisão de não alargar inicialmente a aplicação do instituto a todo o tipo de crimes, uma vez que, a dar-se o caso de insucesso, tal poderia conduzir à ineficácia do próprio sistema penal. Depois, e porque nos crimes de natureza pública está em causa a defesa do interesse público, a opção do legislador de afastar o instituto da mediação penal a este domínio justifica-se à luz da defesa desse mesmo interesse público no contexto do exercício da acção penal, pois que cabe ao Estado o dever de intervir, independentemente da vontade da vítima ou do ofensor¹²⁷. Alguns autores também defendem que outra limitação à existência de mediação nos crimes públicos está ligada com a provável inviabilidade do processo de mediação considerando a posição demasiada fragilizada em que

¹²⁶ No mesmo sentido, COSTA, José de Faria – Diversão (Desjudiciarização) e Mediação: que rumos?. In *Separata do Vol.LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Universidade de Coimbra, 1986.p.12 -13.

¹²⁷ Assim, o Estado deve acautelar o interesse público e esse interesse muito dificilmente pode se objecto de mediação. Neste sentido, CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA- *Comentários ao Anteprojecto de Diploma sobre Mediação Penal*. [Em Linha] Disponível em WWW: http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer06_05.pdf.

a vítima se pode encontrar, pois que, em determinados tipos de crimes, a participação no processo de mediação e o confronto com o agressor durante as sessões da mediação pode agravar o efeito traumatizante que a vítima experiencia, o que naturalmente inquina e inviabiliza a mediação¹²⁸.

De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, existindo indícios da prática do crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público pode em qualquer momento, durante a fase de Inquérito e se achar que dessa forma é possível responder às exigências de prevenção, encaminhar o processo para a mediação. A decisão de limitar a mediação penal à fase de Inquérito foi justificada com base no motivo de se tratar de um programa experimental. Contudo, a verdade é que, aquando da submissão do anteprojecto de proposta de lei a debate público, Académicos e Profissionais manifestaram opiniões divergentes quanto a esta matéria.

Alguns autores, a favor do alargamento a todas as fases processuais, defendem que só dessa forma é possível retirar todas as vantagens da mediação, potenciadas através do diálogo aberto entre vítima e ofensor, sem as condicionantes do sistema judicial. Nesta perspectiva, a mediação penal em fases posteriores do processo está mais integrada em um contexto de conciliação ou de transacção em que a vítima, através do processo penal, pode influenciar a medida da pena e a sua execução aplicada ao ofensor. Em defesa da possibilidade de alargamento da mediação penal às várias fases processuais, e ainda que o fosse experimentalmente, outra parte da doutrina defende a existência de interdisciplinariedade entre os diferentes sistemas de justiça, que surgem como meios convergentes e não concorrentes para se alcançar Justiça. Assim, a mediação deve ser um meio utilizável para este fim, não devendo comportar limites excessivos. Logo, se é considerada uma medida útil, há-de sê-lo em qualquer fase do processo penal e não apenas na fase de Inquérito. À luz, da defesa do alargamento da mediação penal a todas as fases do processo e independentemente

¹²⁸ Neste sentido, ALMEIDA, Carlota Pizarro de – A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. In *Rev.Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, nº3 (Jul-Set.2005).Coimbra Editora.p.398-399.Em sentido contrário outros autores entendem que é nos crimes mais graves que a mediação mais se justifica face à maior situação de debilidade da vítima e à necessidade de ser restabelecido o seu controlo emocional através do processo de *empowerment* Assim,WELLIKOFF, ILYSSA- *Victim –Offender Mediation and Violent Crimes: On the Way to Justice*. In Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol 5.1.[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://cojcr.org/vol5no1/note02.html>.

dos fundamentos que a viabilizariam, também o Juiz, além do Ministério Público poderia propor a mediação¹²⁹.

Voltando à análise do regime legal em vigor, temos que também a vítima e o ofensor podem requerer ao Ministério Público a mediação, nos casos em que esta é admitida, embora até hoje não haja registo em Portugal do encaminhamento de processos para mediação penal por esta via, o que há-de seguramente decorrer do desconhecimento desta possibilidade de requerer a mediação (artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho), a par da dificuldade que se pressente de vítima e agressor se porem de acordo quanto aos trâmites do processo. A remessa do processo para mediação penal implica a suspensão dos prazos previstos no artigo 283.º, n.º 1 do CPP (prazos para a dedução de acusação pelo Ministério Público) e também dos prazos máximos de duração do Inquérito, previstos no artigo 276.º, n.º 1 do CPP. A vítima e o ofensor são notificados do encaminhamento do processo para a mediação e o Ministério Público designa um mediador que esteja integrado nas listas públicas do Ministério da Justiça para a condução do processo. De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 5 da Lei em referência, e uma vez que a mediação penal é um procedimento voluntário, o mediador designado contacta posteriormente o ofensor e a vítima, pela precisa ordem indicada, no sentido de obter o seu consentimento livre para a participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres, bem como das regras e princípios do processo de mediação. Existindo a concordância de ambos em participar no processo de mediação, é assinado um termo de consentimento que contém toda esta informação que é transmitida pelo mediador. Se, no entanto, o mediador designado não obtiver tal consentimento, transmite essa informação ao Ministério Público e o processo penal prossegue (artigo 3.º, n.º 6 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho).

O prazo legal de duração do processo de mediação é de três meses, mas pode ser prorrogável até um máximo de dois, mediante solicitação do mediador ao Ministério Público¹³⁰. Quanto ao eventual acordo resultante do processo de mediação, e apesar de o seu conteúdo poder ser livremente fixado pela vítima e pelo ofensor, desde que observando os limites estabelecidos na Lei, é necessária a sua homologação pelo Ministério Público. Trata-se

¹²⁹ Neste sentido, FERREIRA, J.O Cardona – A Mediação como caminho da Justiça, A Mediação Penal. In GEMME .European Association of Judges for Mediation, article. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.gemme.eu/nation/portugal/article/a-mediacao-como-caminho-da-justica-a-mediacao-penal>. Em sentido oposto e a favor da restrição da mediação à fase de Inquérito veja-se, ALMEIDA, Carlota Pizarro de – *op.cit.* p.407.

¹³⁰ Mediante a verificação da existência de forte probabilidade de ser alcançado o acordo em resultado da prorrogação do prazo de duração do processo de mediação em curso. cfr. artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

de garantir a legalidade do acordo, uma vez que este não pode incluir sanções privativas da liberdade ou deveres que possam ofender a dignidade do ofensor e o seu cumprimento não se deve prolongar por mais de seis meses (artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho), o que consubstancia os limites ao acordo a que se aludiu *supra*. É um facto que o mediador constitui um terceiro que dirige todo o processo de mediação, mas devido à imparcialidade e isenção que deve revestir toda a sua actuação, não tem poder decisório e apenas deve intervir para orientar a forma como o conflito é gerido¹³¹

Caso o Ministério Público entenda que existe alguma ilegalidade no acordo, este é novamente remetido para o mediador para que, em conjunto com a vítima e o ofensor, seja sanada essa mesma ilegalidade. A assinatura do acordo equivale à desistência de queixa por parte da vítima, desde que não exista oposição do arguido e no caso de incumprimento do acordo ou não cumprimento do que haja sido estabelecido no prazo acordado, a vítima pode renovar a queixa, dispondo para o efeito do prazo de um mês contado da data do incumprimento. Se, todavia, não resultar acordo entre vítima e ofensor em resultado da mediação penal, o mediador remete o processo de mediação para o Ministério Público e o processo penal é retomado, de acordo com o disposto no artigo 5.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

O mediador, para poder estar habilitado a desempenhar funções no SMP, tem de possuir os requisitos legais para o exercício da função, entre os quais se destaca estar habilitado com um curso de especialização em mediação penal, reconhecido pelo Ministério da Justiça (artigo 12.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho), e, através de procedimento concursal, estar inscrito nas listas públicas de mediadores. O mediador penal não possui no entanto qualquer vínculo ao Estado, uma vez que tem o estatuto de trabalhador independente que presta um serviço público.

2.2.2- Os Resultados da Implantação do Sistema de Mediação Penal em Portugal

Como se explicou anteriormente, depois de iniciada a mediação penal em 2008 em quatro comarcas, actualmente o SMP está em funcionamento em quinze comarcas de Portugal

¹³¹ A favor da homologação do acordo pelo Juiz de Instrução, ainda ALMEIDA, Carlota Pizarro de – A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. In *Rev.Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, nº3 (Jul-Set.2005).Coimbra Editora.p.410 – 411.

continental. Na exposição seguinte procede-se à análise dos resultados de funcionamento do SMP. Para isso, tomam-se os dados estatísticos abaixo, atinentes aos processos por tipo de crime que foram encaminhados para o SMP (Quadro 6), bem como ao número de mediações solicitadas e realizadas e à duração média dos processos (Quadro 7), tendo sempre como referência o período compreendido entre Janeiro de 2008 e Dezembro de 2011. Importa igualmente fazer referência aos inquéritos de opinião a propósito do funcionamento do SMP efectuados ao universo de utilizadores deste Sistema que se disponibilizou para o efeito.

Relativamente aos resultados dos processos encaminhados para a mediação por tipo de crime, apresentados no Quadro 6, é possível constatar que a sua grande maioria incide no crime de ofensa à integridade física simples, p. e p. no artigo 143.º do Código Penal (CP). Assim, no período a que se dedica a presente análise, registaram-se um total de 636 processos de mediação, dos quais 332 tiveram como objecto este tipo de crime. Trata-se efectivamente de uma diferença assinalável relativamente aos demais tipos de crime encaminhados para mediação penal, sobretudo se considerarmos que o tipo de crime que surge como o segundo que mais vezes foi encaminhado para o SMP, o crime de ameaça, p. e p. no artigo 153.º do CP, o foi em 73 processos.

Em nosso entender, justificava-se uma análise dos motivos processuais e até sociológicos que fundamentam esta predominância esmagadora da mediação penal relativamente a um mesmo tipo de crime: a ofensa à integridade física simples. Não acedemos aos 332 processos em causa, nem tão pouco entrevistámos todos os Magistrados do Ministério Público que procederam à remessa desses processos para mediação para assim compreender o que determinou tais decisões. Também não indágamos de qual a percentagem de acordo obtido nesses processos, nem comparámos esses resultados com os que foram obtidos por referência aos demais tipos de crime também encaminhados para o SMP, como não apurámos que espécies de acordos foram formuladas e com que frequência em cada um desses 332 processos. Tal investigação ficaria à margem do problema jurídico que se elegeu para a presente investigação, além do que, de acordo com informação colhida junto do organismo competente pela coordenação do SMP no Ministério da Justiça, pelo menos a informação estatística relativa à espécie de acordos obtidos não é recolhida no âmbito do SMP. De qualquer modo, sabe-se que o sucesso do processo de mediação penal é mais frequente nas situações em que existe uma relação de proximidade entre a vítima e o ofensor, como sucede por exemplo nas relações entre familiares ou entre vizinhos. Talvez tais relações estivessem presentes em muitos dos 332 processos encaminhados para mediação penal. Isto porque as

relações referidas existem antes do conflito e portanto antes da prática do crime, relações que, tendencialmente, perdurarão depois do processo crime e que a mediação penal pode auxiliar ao promover o diálogo entre vítima e ofensor, contribuindo nessa medida para a superação do conflito e, em última análise, para o restabelecimento e fortalecimento dessas relações. Ora, este é um aspecto deveras positivo que a mediação penal potencia, uma vez que a mediação, além da sua vertente reparadora, contribui igualmente para o restabelecimento das relações sociais abaladas pela prática do crime. Esse é sem dúvida um dos objectivos da mediação penal, mas também uma das suas virtudes¹³².

Quadro 6: Processos encaminhados para o Sistema de Mediação Penal por tipo de crime ¹³³

Tipo de crime	Previsão legal	Nº de processos encaminhados para o SMP
Ofensa à integridade física simples	Art. 143º CP	332
Ameaça	Art. 153º CP	73
Dano	Art. 212º CP	59
Furto simples	Art. 203º CP	54
Burla	Art. 217º CP	27
Abuso de confiança	Art. 205º CP	23
Injúria	Art. 181º -CP	23
Emissão de cheque sem provisão	Decreto-Lei n.º 316/97	8
Difamação	Art. 180º CP	7
Ofensa à integridade física por negligência	Art. 148º CP	6
Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços	Art. 220º -CP	4
Apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada	Art. 209º CP	4
Violação de domicílio ou perturbação da vida privada	Art. 190º CP	4
Coacção	Art. 154º, nº4, CP	3
- Burla informática e nas comunicações	Art. 221º CP	2
Burla relativa a seguros	Art. 219º CP	2
Introdução em lugar vedado ao público	Art. 191º CP	2
- Publicidade e calúnia	Art. 183º CP	1
Violação de correspondência ou de telecomunicações	Art. 194º CP	1

¹³² Neste sentido se compreende que durante a experiência desenvolvida pelo “Projecto do Porto” tenha igualmente sido o tipo de crime de ofensas à integridade física aquele que mais vezes foi remetido para mediação penal.

¹³³ Fonte: GRAL-Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (Informação solicitada).

Usurpação de coisa imóvel	Art. 215 CPº	1
		Total: 636 processos

No quadro seguinte (Quadro 7) são apresentados de modo comparado os resultados referentes ao número de mediações solicitadas e realizadas bem como a duração média dos processos de mediação, novamente no período compreendido entre Janeiro de 2008 e Dezembro de 2011. Podemos verificar que o número total de pedidos de mediação durante este período foi de 636, o que não corresponde ao número de mediações efectivamente realizadas e concluídas, o que só sucedeu em 468 processos de mediação. Esta diferença deve-se ao facto de após a mediação ser solicitada se seguir a pré-mediação, durante a qual se explica o procedimento a observar durante o processo de mediação e obter o consentimento dos envolvidos para participar no processo de mediação, de acordo com o princípio da voluntariedade. Quer isto significar que no final da sessão de pré-mediação vítima e/ou ofensor podem declinar a mediação e escolher a via judicial para a resolução do conflito.

Em 2009 registou-se um significativo aumento do número de processos de mediação relativamente a 2008, aumento que coincidiu com o alargamento, nesse ano, do SMP a outras comarcas¹³⁴, mantendo-se esta tendência de aumento no ano 2010. Todavia, verificou-se um decréscimo de processos no ano de 2011. A este facto não é alheio o pouco investimento público na divulgação da mediação penal junto dos cidadãos, constatação que atravessa todas as áreas em que existe mediação pública promovida pelo Estado, agravado pelas restrições financeiras impostas desde esse ano no panorama nacional e bem assim pelo cepticismo dos operadores judiciais quanto ao encaminhamento de processos para a mediação. Estes factores contribuíram e contribuem para o reduzido número de processos de mediação no processo penal em Portugal, contrariando assim a clara tendência de aumento do número de processos encaminhados para mediação penal em outros ordenamentos europeus, como de resto a exposição anterior teve já oportunidade de evidenciar.

De notar também que embora nos dois primeiros anos de funcionamento do SMP o número de processos findos com acordo tenha sido superior ao dos que findaram sem acordo, a verdade é que essa diferença nunca foi significativa, tendo mesmo o número de processos findos sem acordo superado o dos que findaram com acordo a partir do ano de 2010,

¹³⁴ A Portaria n.º 732/2009, de 8 de Julho, veio alterar o artigo 2.º da Portaria n.º 68-C 2008, de 22 de Janeiro, prevendo o alargamento do Sistema de Mediação Penal a quinze comarcas. Cfr. PORTARIA Nº 732/2009 DE 08 DE JULHO- In *Diário da República*, 1ª série – Nº130- 8 de Julho de 2009.

tendência que se agravou em 2011, ascendendo a diferença a 16 processos, ou seja, não houve acordo em mais 16 processos do que naqueles em que tal acordo se verificou. Esta tendência não seria expectável. Na realidade, seria previsível que o progressivo encaminhamento de processos para mediação penal, aliado a um maior conhecimento do instituto por parte dos cidadãos, levasse a resultados bem diferentes. Contudo, não foi isso que se verificou. Os motivos deste estado de coisas crê-se serem uma vez mais a ausência de investimento em publicidade, a par do descrédito que a mediação merece junto dos operadores judiciais.

As dificuldades com que os mediadores penais se enfrentam serão igualmente espelhadas na duração média dos processos de mediação, que desde 2008 tem vindo a aumentar, o que espelha a tentativa de dar sucesso ao processo de mediação penal, tentativa que os resultados apurados dos processos findos com acordo que o Quadro 7 espelha demonstra saírem frustrados.

Considerado todo o exposto, e face à análise comparativa com outros ordenamentos jurídicos antes empreendida em que a mediação penal é uma realidade, podemos concluir que a evolução positiva que neles tem lugar não tem idêntica expressão em Portugal. Talvez que entre nós não se tenham ainda descoberto as virtualidades da mediação penal que já ecoaram em outros países...

Quadro 7: Volume de processos de mediação encaminhados para o Sistema de Mediação Penal¹³⁵

	2008	2009	2010	2011	Total
Pedidos de informação	35	18	5	1	59
Pedidos de Mediação	95	224	261	56	636
Pré-Mediações	95	224	249	54	622
Processos de Mediação findos	30	87	284	67	468
Acordo	16	47	71	26	160
Sem Acordo	14	40	87	42	183
Duração média dos processos (em	90	99	118	134	110

¹³⁵ Fonte: GRAL-Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, disponível em WWW: [http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estatísticas%20Mediação%20Pública\(31\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estatísticas%20Mediação%20Pública(31).pdf)

dias)					
-------	--	--	--	--	--

No Quadro 8, relativo à avaliação do funcionamento do SMP, verificamos que grande parte dos inquiridos, cerca de 91,27%, consideram que o tempo de duração do processo da mediação é o necessário para a resolução do seu caso concreto, duração que, como se viu já, tem vindo a aumentar. É também possível constatar o pouco conhecimento prévio dos cidadãos acerca da mediação. De facto, esmagadoramente, é por intermédio do Ministério Público, no âmbito dos processos que são remetidos para a mediação, que os cidadãos conhecem a mediação penal¹³⁶.

De destacar também que o número de cidadãos que recomendariam a utilização do SMP é expressiva: 112 (88,89%), contra 11 (8,73%) que a não recomendaria. Há portanto um antagonismo claro. Aqueles que utilizam o Sistema recomendam-no esmagadoramente. Contudo, este grau de satisfação não tem oportunidade de se expandir a um largo número de cidadãos, ora porque o processo não é encaminhado para mediação penal mesmo que reunidas as condições para haver lugar a mediação penal, porque só isso pode justificar o declínio acentuado na remessa de processos para mediação penal já assinalado, ora porque os cidadãos desconhecem a mediação penal e por isso não vão além da sessão de pré-mediação ou nem sequer participam nela. Porém, quem participa no processo de mediação recomenda-o.

Urge pois reflectir sobre os números e sobre a realidade do funcionamento do SMP, porque dessa reflexão e de uma eventual acção em função dela pode depender a sobrevivência da mediação penal em Portugal.

Quadro 8: Inquéritos de Opinião acerca do Sistema de Mediação Penal¹³⁷

¹³⁶ Assim, este órgão notifica previamente o arguido e o ofendido com vista a comunicar-lhes que o processo que corre termos em determinado tribunal foi remetido para a mediação, de acordo com o disposto no artigo 1.º da Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de janeiro, e observando o modelo constante no anexo da referida portaria

¹³⁷ Fonte: GRAL- Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios- [Em Linha]. Disponível em WWW: https://smp.mj.pt/mapas.php?dt_inicial=2008-01-23&dt_final=2011-06-30&mapa=E...

Dados referentes ao período de 23-01-2008 a 30-06-2011 Universo total de inquiridos: 126		Nº de Inq.	%
Duração da mediação	Demasiado longa	1 .	0,79%
	De duração necessária	115	91,27%
	Demasiado rápida	9	7,14%
Como teve conhecimento do SMP	Através de um amigo/familiar/conhecido	5 .	3,97%
	Através da comunicação social	3	2,38%
	Através de cartazes/folhetos de divulgação	1	0,79%
	Por indicação dada nos tribunais/MP	74	58,73%
	Por indicação dada nas lojas do cidadão	2	1,59%
	Por indicação dada nos centros de arbitragem	0	0,00%
	Por indicação dada na esquadra da PSP/GNR	7	5,56%
	Por indicação dada nas câmaras municipais	2	1,59%
	Outro	30	23,81%
Recomenda o SMP	Não	11	8,73%~
	Sim	112	88,89%

CAPÍTULO III

A MEDIAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

3.1- O Princípio da Oportunidade no Processo Penal Português

No processo penal português prevalece o princípio da legalidade, consagrado no artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Este preceito constitucional determina caber ao Ministério Público exercer a acção penal, que deve ser orientada pelo princípio da legalidade, consagrado nos artigos 262.º, n.º 2 e 283.º do CPP. A acção penal implica, por um lado, o dever de investigar e, por outro, o dever de acusar por parte do Ministério Público sempre que disponha de indícios suficientes da prática de um crime e de quem foi o seu autor¹³⁸.

O sistema processual penal assim orientado pelo princípio da legalidade, de tradição romano-germânica, justifica-se em nome de determinados valores fundamentais, desde logo pelo *princípio da igualdade* perante a lei, que se encontra consagrado no artigo 13.º n.º 1 da CRP. Deste modo, o Ministério Público tem o dever de promover o processo independentemente daqueles que estejam envolvidos. Outra razão prende-se com a necessidade de controlo da actividade do Ministério Público e a sua sujeição à regra da obrigatoriedade na promoção do processo. Se assim não fosse, estaríamos certamente a abrir a porta a soluções por “vias administrativas”, uma vez que não existindo tal obrigatoriedade na promoção do processo, o Ministério Público estaria a ditar uma solução para o caso concreto, e a violar com isso o princípio da separação de poderes¹³⁹.

Apesar da sua predominância como instrumento natural de um Estado que pretende exercer o seu *ius puniendi*, o princípio da legalidade tem sofrido, entre nós, alguns “desvios” com vista a dar respostas mais eficazes e céleres ao problema de pequena criminalidade,

¹³⁸ Nos termos do art.48.º do CPP e de acordo com o princípio da oficialidade, o Ministério Público é a entidade competente para promover o processo penal.

¹³⁹ Assim, COSTA PINTO, Frederico Lacerda da – O princípio da Legalidade e a incidência de razões de oportunidade. In *Direito Processual Penal, Curso Semestral*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1998. p.199 -200.

através da adopção de medidas de diversão, integradas em soluções de consenso e de oportunidade no processo penal. Referimo-nos ao princípio da oportunidade, que surge como contraponto do princípio da legalidade, sem no entanto pôr em causa o objectivo do exercício da acção penal e a procura da verdade material. Neste sentido, ao Ministério Público é atribuída a possibilidade de promover ou não o processo, de acordo com o juízo formulado sobre a sua conveniência. O princípio da oportunidade permite distinguir três modelos de aplicação:

a) No modelo Anglo-Americano, o processo penal é um processo de partes e não está “dominado” pelo princípio da legalidade. O princípio da oportunidade e a enorme influência do Ministério Público são assumidos e legalmente consagrados e cerca de 80% a 95% dos casos são decididos através de negociação entre o arguido e o representante do Ministério Público (*plea bargaining*). Trata-se de um sistema bastante descentralizado e diversificado, onde a verdade material não surge como principal objectivo, antes como um instrumento de negociação. Este modelo é aplicável a qualquer tipo de crimes, representando, na opinião de alguns autores, uma “distorção” dos valores da justiça e da verdade, que serve apenas para obter metas de produtividade e de sucesso para o Ministério Público e para a polícia, sendo o arguido mero instrumento dessas finalidades¹⁴⁰.

b) Outro modelo, bastante diverso do anterior, é o modelo francês, onde o processo penal não é um processo de partes como sucede no modelo Anglo-Americano, mas sim de natureza pública. Não assume por isso qualquer relevância a negociação com o arguido, uma vez que é o interesse público que está na base da decisão do Estado, representado pelo Ministério Público, de promover ou não a acção penal (*raison d'État*). Ao contrário do que acontece no modelo Anglo-Saxónico, a procura da verdade material não é subjugada para um segundo plano, mas também não prevalece aqui sobre o interesse público.

c) O terceiro modelo de aplicação do princípio da oportunidade e porventura aquele que mais justifica a sua intervenção, é o modelo de diversão. Este modelo insere-se nas soluções de oportunidade e de simplificação da justiça, através de medidas de diversão que pretendem

¹⁴⁰ Neste sentido, PEDROSO, João; TRINCÃO, CATARINA - O princípio da oportunidade e consenso. In *Percursos da Informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Novembro de 2001.[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf> . p.169. Em sentido oposto, considerando as virtudes do sistema, veja-se TORRÃO, Fernando - O princípio da Oportunidade no Processo Penal Português. In *Lusíada, Rev. De Ciência e Cultura*. Nos. 1 e 2 , 1999. Universidade Lusíada- Porto. Coimbra Editora, 1999. ISSN 0872- 2498.p.51 -52.

funcionar como alternativas ao processo penal comum, no âmbito da pequena criminalidade¹⁴¹.

Expostos sumariamente os três modelos, analisemos a realidade nacional.

No sistema processual penal que vigorou em Portugal até 1987 não havia espaço para qualquer juízo de oportunidade no que diz respeito à promoção e prossecução do processo penal. Impunha-se ao Ministério Público uma estrita vinculação à lei e o dever de promover a acção penal, bem como o de deduzir acusação sempre que existissem indícios suficientes da prática do crime e estivessem reunidos os pressupostos processuais, substantivos e jurídicos para o efeito. O incumprimento do princípio da legalidade e dos deveres nele contido por parte do Ministério Público, para além de representar uma infracção disciplinar por violação dos deveres profissionais, poderia igualmente constituir a prática de um crime¹⁴².

O Conselho da Europa, através da *Recomendação N.º R (87) 18 do Comité de Ministros*, propôs um conjunto de medidas de simplificação e de desburocratização da justiça penal, a nível substantivo e processual. Estas propostas passariam pela descriminalização de determinadas infracções de pequena gravidade, e a sua conversão em ilícito penal administrativo, concretamente as infracções estradais, aduaneiras e fiscais. No âmbito processual, a Recomendação do Conselho da Europa veio propôr a simplificação do processo penal comum e a introdução de formas de processo simplificados e abreviados, bem como a aplicação do princípio da oportunidade¹⁴³.

Neste sentido, em Portugal foram introduzidos no Código de Processo Penal de 1987 alguns mecanismos legais reconhecidos como manifestações do princípio da oportunidade, mais concretamente o “arquivamento em caso de dispensa de pena”, previsto no artigo 280.º

¹⁴¹ Sobre os modelos de aplicação do princípio da oportunidade veja-se, mais desenvolvidamente, COSTA, Eduardo Maia – Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. In *Rev.do Ministério Público*.N.º 85 (Jan-Mar) 2001.p.39 -41.

¹⁴² Apesar de este princípio não estar expressamente consagrado no Código de Processo Penal de 1929 estava implícita a sua predominância no sistema processual penal,cfr artigos 1.º, 165.º e 349.º do CPP de 1929, e artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 35007.

¹⁴³ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS - *Recommendation no. r (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning the simplification of Criminal Justice*. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987at the 410th meeting of the Ministers' Deputie. [Em Linha]. DisponívelWWW:<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>

do CPP, a “suspensão provisória do processo”, prevista no artigo 281.º do CPP e ainda o “processo sumaríssimo”, regulado nos artigos 392.º a 398.º do CPP¹⁴⁴.

O recurso a estes espaços de oportunidade, fundamentado por razões de conveniência político-criminal, está no entanto condicionado à observância de certos requisitos e pressupostos legais na decisão da sua aplicabilidade ou não aplicabilidade. Como tal, o princípio da oportunidade não se afirma como um princípio geral, que se opõe ao princípio da legalidade, mas sim como um sub-princípio dessa mesma legalidade, ou, como refere Figueiredo Dias, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo devem ser entendidos como «limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade». Estas medidas ou manifestações do princípio da oportunidade constituem, verificados os pressupostos para a sua aplicação, reais alternativas ao despacho de acusação, ou seja, independentemente de o Ministério Público, durante a fase de Inquérito, ter recolhido indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente, decide arquivar ou suspender provisoriamente o processo¹⁴⁵. Trata-se, sobretudo, de entender este princípio como uma legalidade aberta a soluções de oportunidade que permitam realizar melhor os fins do Direito.

Entendemos portanto ser compreensível que, à luz do *princípio da intervenção mínima do Estado*, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, e verificadas as condições de aplicação do princípio da oportunidade, se apresentem soluções mais adequadas e céleres sob o ponto de vista político-criminal, não se optando assim pela continuação do processo penal, pois que a sua continuidade o tornaria inútil e desnecessário. Neste sentido, questionamos a necessidade imperativa de o Estado exercer sempre a sua função punitiva, uma vez que também entendemos que a cada crime não deve corresponder necessariamente um processo penal e um dever de acusação, pois que, não existindo razões de prevenção que justifiquem a aplicação de uma pena, não se impõe a actuação do Estado¹⁴⁶.

Analisemos agora as manifestações do princípio da oportunidade presentes no Código de Processo Penal português.

¹⁴⁴ A introdução no Código de Processo Penal de 1987 de mecanismos entendidos como manifestações do princípio da oportunidade foi influenciada pela reforma de 1975 do StPO alemão, e pela Recomendação N.º R (87) 18 do Conselho da Europa em 1987 a que acima se aludiu.

¹⁴⁵ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo – Princípios Gerais do Processo Penal. In *Direito Processual Penal*. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Secção de textos. 1988-1989. p.96 -97.

¹⁴⁶ Assim, COSTA, José Gonçalves da – Legalidade *versus* Oportunidade, Legalidade atenuada, oportunidade regulada. In *Rev.do Ministério Público*. Ano 21, N.º 83 (Jul. – Set.) 2000. p.87 -88.

3.1.1- O arquivamento em caso de dispensa de pena

O Instituto do *arquivamento em caso de dispensa de pena*, previsto no artigo 280.º do CPP, permite ao Ministério Público, existindo a concordância do juiz de instrução, proceder ao arquivamento do inquérito. A possibilidade de dispensa de pena aplica-se aos crimes com pena de prisão não superior a seis meses de prisão ou com pena de multa até 120 dias, mediante a verificação dos pressupostos previstos no artigo 74.º, n.º 1 do CP. Deste modo, a dispensa de pena como alternativa à aplicação de uma pena efectiva ao arguido justifica-se por razões de desnecessidade e consequente inutilidade na aplicação da pena.

A Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, que definiu os objectivos, prioridades e orientações da política criminal para o biénio de 2007-2009 consubstancia, de acordo com o disposto no artigo 12.º, n.º 1, alínea a) do referido diploma, o dever de privilegiar o *arquivamento em caso de dispensa de pena*, desde que se verifiquem os pressupostos legais da sua aplicação. Idêntica orientação foi posteriormente prosseguida pela Lei n.º 38/2009, concretamente no artigo 16.º, n.º 1, alínea a), que veio definir a política criminal para o biénio de 2009-2011, referindo no seu artigo 15.º quais os crimes em que deve ser aplicado o arquivamento em caso de dispensa de pena.

Resulta do disposto no artigo 280.º, n.º 3 do CPP que a decisão de arquivamento não é susceptível de impugnação. Tratando-se de uma decisão vinculada no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos e pressupostos estabelecidos na lei que viabilizam a aplicação deste instituto e determinada essencialmente por razões de economia processual, pressupõe um juízo de oportunidade conjunto do Ministério Público e do Juiz de Instrução sobre a decisão de arquivamento, e como tal não é impugnável. Questão bem diferente diz respeito à componente legal da decisão, ou seja, à verificação dos pressupostos e requisitos para a aplicação do instituto em análise, que não é cedida à livre apreciação dos vários sujeitos processuais e que já é susceptível de impugnação para controlo da legalidade do acto. Assim, caso a decisão de arquivamento por parte do Ministério Público seja ilegal, por violação dos requisitos legais previstos no artigo 280.º, n.º 1 do CPP, o assistente tem a possibilidade de recorrer hierarquicamente dessa decisão (artigo 278.º do CPP). Com esses fundamentos, só o assistente terá legitimidade para impugnar a decisão de arquivamento, já que, em relação ao

arguido, não existe interesse em agir tal como resulta do disposto no artigo 401.º, n.º 2 do CPP. O assistente tem deste modo a possibilidade de impugnar o despacho de arquivamento com base na ilegalidade da decisão. Se, perante a decisão de arquivamento do Ministério Público, faltar a concordância do Juiz de Instrução, a via de impugnação do despacho será o requerimento de instrução, ou seja, face à ilegalidade do arquivamento, o assistente poderá requerer a abertura de instrução e, com base no seu requerimento instrutório, dar corpo àquela que em seu entender deveria ter sido a acusação a formular pelo Ministério Público, e submeter esse corpo de acusação, bem como a decisão do Ministério Público a comprovação do Juiz de Instrução. Já se existir, a concordância do juiz com a decisão de arquivamento do Ministério Público, a forma de impugnação do despacho de arquivamento será o recurso, uma vez que se trata de uma decisão judicial.

A natureza da decisão de arquivamento tem suscitado alguma divergência entre a doutrina, senão vejamos. Na opinião de alguns autores, o arquivamento é uma decisão de carácter sancionatório, de acordo com o disposto no artigo 74.º do CP e, por esse facto, materialmente jurisdicional, formando caso julgado material. Isto significa que de acordo com o princípio *non bis in idem* (artigo 29.º n.º 5 da CRP) os mesmos factos não poderão voltar a ser julgados. Nesta perspectiva, a intervenção do Juiz de Instrução justifica-se pela natureza condenatória do acto¹⁴⁷. Em sentido oposto, entende-se que o arquivamento tem uma natureza meramente processual e como tal não implica uma decisão de fundo. A decisão de arquivar o processo não significará, deste modo, uma condenação ou absolvição, mas tão somente a extinção do procedimento, uma vez que se o arguido não é ouvido, a decisão nunca pode ser condenatória¹⁴⁸.

O recurso ao *arquivamento em caso de dispensa de pena*, assente em considerações de oportunidade, tem pouca expressão do ponto de vista processual, uma vez que a sua aplicação se encontra limitada a apenas alguns tipos de crimes¹⁴⁹.

¹⁴⁷ De acordo com esta perspectiva, existe uma atribuição de responsabilidade ao arguido apesar da dispensa de pena, que assim não deixa de ter uma natureza condenatória. Neste sentido, COSTA PINTO, Frederico Lacerda da – A fase de Inquérito. In *Direito Processual Penal, Curso Semestral*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.1998.p.130 -132.

¹⁴⁸ Assim, SILVA, Germano Marques da – Do Encerramento do Inquérito. In *Curso de Processo Penal III*.Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.Editorial Verbo,1994.ISBN 972-22-1636-8.p.104 - 105.

¹⁴⁹ Entre outros, nos crimes de ofensa à integridade física simples e por negligência, nos termos do disposto nos artigos.143.º, n.º 3 e 148.º n.º 2 do CP, e no crime violação de obrigação de alimentos, previsto no artigo.250.º do CP.

3.1.2- A suspensão provisória do processo

Outra manifestação do princípio da oportunidade é o instituto da *suspensão provisória do processo*, previsto no artigo 281.º do CPP. Tem um alcance bem mais alargado do que o arquivamento em caso de dispensa de pena, uma vez que é possível a sua aplicação nos crimes puníveis com pena de prisão até cinco anos, ou com sanção diferente de prisão. Consiste na possibilidade de o Ministério Público, com a concordância do Juiz de Instrução, do assistente e do arguido, determinar a suspensão do processo, mediante a verificação de determinados pressupostos e a imposição de injunções ou de regras de conduta ao arguido (artigo 281.º, n.º 1 e n.º 2 do CPP).

Relativamente aos pressupostos exigidos para a suspensão do processo, anteriormente à revisão de 2007 do Código de Processo Penal a lei exigia a existência de “carácter diminuto da culpa”, o que conduzia a uma interpretação restritiva desse requisito, criando resistências à aplicação deste instituto. Após a alteração legislativa, este conceito foi substituído pela “ausência de um grau de culpa elevado”, fórmula que se acreditou resolver as dificuldades anteriores. A aplicação da suspensão provisória do processo procura, essencialmente, soluções que sejam consensuais para a necessária protecção dos bens jurídicos e não deve ser entendida como uma faculdade do Ministério Público, antes como um dever ou como uma decisão “vinculada”. É o que resulta do disposto n.º 1 do artigo 281.º do CPP, que estabelece que o Ministério Público “determina” a suspensão do provisória do processo, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente¹⁵⁰.

A suspensão do processo tem uma duração máxima de dois anos. Existe no entanto a possibilidade de alargamento deste prazo, até cinco anos, quando estejam em causa *crimes de violência doméstica* não agravado pelo resultado ou processos por *crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor* não agravado pelo resultado (artigo 281.º, n.º 6 e n.º 7 e artigo 282.º, n.º 5 do CPP). Na primeira situação, a aplicação da suspensão depende de requerimento livre e esclarecido da vítima e, para além da concordância do arguido e do Juiz de Instrução, é exigida a verificação dos pressupostos de ausência de anterior condenação e de aplicação de suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza. Quanto à

¹⁵⁰ No sentido de uma legalidade “aberta”. De acordo com este entendimento, cfr. CARMO, Rui do – A Suspensão Provisória do Processo no Código de Processo Penal Revisto, Alterações e Clarificações. In *Rev.do CEJ*. Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Estudos. 1º Semestre 2008. Número 9 (Especial).p.324-325.

segunda possibilidade, a suspensão do processo depende da ausência de anterior condenação do arguido e de suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza. O Ministério Público, de acordo com o disposto no n.º 7 do artigo 281.º do CPP, só determina a sua aplicação se concluir que a mesma é do interesse da vítima e caso seja obtida a concordância do Juiz de Instrução e do arguido.

Estando o processo na sua fase de Inquérito, e aplicando-se uma regra de conduta ou uma injunção ao arguido, o processo ficará suspenso durante o período de vigência da regra de conduta ou da injunção. Caso o arguido cumpra a regra de conduta ou a injunção que haja sido imposta, o Ministério Público poderá então promover o arquivamento do inquérito, ou, na hipótese do seu incumprimento, dar continuidade ao processo, de acordo com o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 282.º do CPP.

Existem, porém, interpretações doutrinárias diferentes quanto à forma como pode ser promovido o arquivamento do processo em caso de suspensão provisória do mesmo. Defende-se, por um lado, a exigência de uma intervenção judicial, não só no momento em que é proposta a suspensão, mas também no momento em que o processo é arquivado, após o cumprimento das injunções ou regras de conduta determinadas. De acordo com esta perspectiva, e tratando-se de uma decisão materialmente jurisdicional, exige-se a intervenção do Juiz de Instrução Criminal durante a fase de arquivamento do processo¹⁵¹. Em sentido oposto, e com base na interpretação do n.º 3 do artigo 282.º do CPP, entende-se que não se exige ou sequer se depreende da letra da lei a necessidade de intervenção Judicial nesta fase do processo, uma vez que, de acordo com este preceito legal, cabe ao Ministério Público arquivar o processo, não podendo o mesmo ser reaberto. Todavia, além da sua intervenção na fase inicial, a verdade é que o Juiz de Instrução tem a possibilidade de acompanhar o processo durante o período de suspensão, conforme resulta do disposto no n.º 4 do artigo 281.º do CPP¹⁵².

Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 281.º do CPP, a decisão de suspensão não é susceptível de impugnação. Esta impossibilidade diz somente respeito à decisão do Ministério Público que opta pela suspensão no caso de estarem reunidos os requisitos e os pressupostos para a aplicação deste instituto, em concordância com o n.º 1 do preceito legal aludido. Contudo, se a suspensão provisória do processo for decretada sem estarem preenchidos tais

¹⁵¹ Neste sentido, MOURA, Souto – *O objecto do processo*. Apontamentos de Tereza Pizarro Beleza, parte II.p.23.

¹⁵² Assim, COSTA PINTO, Frederico Lacerda da- *op.cit.* p.138.

pressupostos, a decisão é susceptível de impugnação, com fundamento na ilegalidade do acto, tenha ou não havido despacho de concordância do Juiz de Instrução.

Centremos então a nossa atenção nas possíveis vias de impugnação. Existindo despacho de concordância do Juiz de Instrução, a forma de impugnação é o recurso desse despacho, com fundamento na violação do n.º 1 do artigo 281.º do CPP pelo não cumprimento das condições e pressupostos exigidos para a suspensão provisória do processo. Por outro lado, não havendo despacho de concordância do Juiz de Instrução, o assistente e o arguido poderão requerer a intervenção Judicial, nos termos do artigo 268.º, n.º 2 do CPP. Um último caso. Se nos reportarmos ao arquivamento do processo que surge depois da sua suspensão após o arguido ter cumprido as regras de conduta e injunções impostas, o assistente pode, através de requerimento de abertura de instrução e nos termos do disposto no artigo 287.º, n.º 1, alínea b) do CPP, não concordar com a posição do Ministério Público e impugnar a decisão de arquivamento, com fundamento no incumprimento dos pressupostos referidos no artigo 282.º, n.º 3 do CPP. Este preceito legal estabelece ainda que, uma vez arquivado o processo, este não pode ser reaberto, o que significa a extinção do procedimento criminal.

Como se referiu já anteriormente, a inconstitucionalidade da suspensão provisória do processo foi suscitada pelo Presidente da República, aquando da respectiva introdução no Código de Processo Penal aprovado em 1987, na medida em que, “ao permitir que ao Ministério Público se atribua a competência para a suspensão provisória do processo e imposição das regras de conduta e injunções, sem a intervenção de um juiz, naturalmente o juiz de Instrução, se subtrai ao mesmo, a disponibilidade do processo”. A questão foi apreciada preventivamente pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 7/87, que se pronunciou pela sua inconstitucionalidade, por violação do artigos 32.º, n.º 4 e 202.º, n.º 2 da CRP, decidindo-se pela exigência da “concordância do juiz de instrução” na decisão de suspensão do processo e na imposição das regras de conduta ou injunções, pelo Ministério Público, tal como resulta do disposto no n.º 1 do artigo 281.º do CPP na versão ora em vigor¹⁵³.

3.1.3- O Processo Sumaríssimo

¹⁵³ Em sentido contrário à declaração de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, o Professor *Costa Andrade*, aquando da Conferência Parlamentar sobre a revisão do Código de Processo Penal em 1998, defendeu a possibilidade de o Ministério Público possuir na fase de Inquérito autonomia para determinar a suspensão provisória do processo sem necessidade de obter a concordância do Juiz de Instrução, como aliás sucede na grande maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Também no contexto do princípio da oportunidade se inclui o *processo sumaríssimo*, previsto nos artigos 392.º a 398.º do CPP, que, sob a forma de processo especial, surge como um “desvio” ao processo comum. À semelhança do que sucede com a suspensão provisória do processo, a sua conagração legal justifica-se por razões de economia processual, procurando igualmente uma solução consensual entre os vários sujeitos processuais¹⁵⁴. Mesmo com a profunda revisão de 2007 do Código de Processo Penal o processo sumaríssimo manteve consagração, porque também se mantiveram inalteradas as ideias de celeridade, de consenso e de ressocialização, de acordo com as exigências de uma política criminal centrada na diversão. Através do processo sumaríssimo, inserido no âmbito da chamada pequena e média criminalidade, procura-se evitar a estigmatização do arguido, através da aplicação de penas não privativas da liberdade e por meio de procedimentos simplificados, que respeitam ainda assim as suas garantias de defesa.

Na versão original do Código de Processo Penal de 1987, o *processo sumaríssimo* apenas se aplicava aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a seis meses ou com pena de multa. Esta moldura penal tão reduzida, era apontado como uma das razões para a quase inexistente aplicação do processo sumaríssimo. Assim, na revisão de 1998, o legislador optou pelo seu alargamento aos crimes puníveis com pena de prisão até três anos. Na mais recente revisão do Código de Processo Penal, em 2007, estabeleceu-se que o processo sumaríssimo tem lugar nos casos em que estejam em causa crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos, ou só com pena de multa, e quando o Ministério Público entenda que, no caso concreto, deve ser aplicada uma pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, nos termos do artigo 392.º do CPP.

Nota-se portanto um progressivo alargamento da moldura penal dos crimes passíveis de serem julgados na forma de processo sumaríssimo. Centrada a atenção no último alargamento de pena operado em 2007, pretendeu-se com ele alcançar harmonização com outros mecanismos de diversão, com vista à paridade e maior aplicação desta forma de processo especial. Com efeito, já anteriormente o Ministério Público podia recorrer, no âmbito dos crimes punidos com penas de prisão até cinco anos, a certas formas de diversão, como por exemplo ao instituto da suspensão provisória do processo. Mas com as alterações introduzidas

¹⁵⁴ O processo sumaríssimo é, na perspectiva de alguns autores, mais representativo de um espírito de consenso do que propriamente do princípio da oportunidade, devido à sua função colaborativa entre o arguido e o tribunal na procura de uma solução consensual do conflito. Assim, PINTO, João Fernando Ferreira - O Papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima – Agressor. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, Nº1 (Jan- Mar) 2005. Coimbra Editora. ISSN: 0871 – 8563. p.96 -97.

na revisão do Código de Processo Penal de 2007 também se pretendeu uniformizar o campo de aplicação das formas de processo especiais, pois que também foram introduzidas alterações no âmbito do processo sumário quanto à medida da pena dos crimes que lhe poderiam ser submetidos, penas que se passaram a cifrar em cinco anos. Conseguiu-se assim harmonização no que diz respeito à possibilidade de todos os processos especiais poderem ter lugar quando estiverem em causa crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos. Esse será então um pressuposto comum a todas as formas de processo especiais, encontrando-se as diferenças de aplicação respectiva em outros elementos que não a medida da pena. Elementos como a detenção em flagrante delito (válido para o processo sumário nos termos do artigo 381.º do CPP) ou como a existência de provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente (estabelecido para a forma de processo abreviado de acordo com o artigo 391.º-A do CPP) ou ainda como o entendimento do Ministério Público de que no caso concreto não deve haver lugar à aplicação de pena ou medida de segurança privativas da liberdade (consagrado para a forma de processo sumaríssimo à luz do artigo 392.º do CPP).

Ainda em sede de alterações introduzidas ao regime originário da forma de processo sumaríssimo, importa ter em linha de conta as sucessivas alterações operadas em matéria de reparação arbitrada no processo sumaríssimo. Assim, em 1998, foi aditado o artigo 82.º-A, n.º 1 do CPP que permite a reparação da vítima quando particulares exigências de protecção o imponham. Ora, articulando o artigo referido com a redacção dada em 2007 aos artigos 393.º e 394.º, n.º 2, alínea b), todos do CPP, temos que nesta forma de processo sumaríssimo, em que não é permitida a intervenção de partes civis, o tribunal pode, existindo uma condenação e mediante determinados pressupostos, determinar que seja atribuída à vítima uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos. Estamos em crer que a introdução deste regime legal se deveu essencialmente à excessiva morosidade e complexidade da formulação do pedido de indemnização em separado perante um tribunal civil, o que funcionaria de certa forma como um obstáculo à aplicação da forma de processo sumário em que, como resulta dito, não podem existir partes civis e em que por isso o pedido de indemnização civil seria deduzido em separado, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea h) do CPP¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Nomeadamente nos crimes particulares em que a aplicação da forma de processo sumaríssimo está dependente da concordância do assistente, nos termos do artigo 392.º n.º 2 do CPP. Neste sentido, FIDALGO, Sónia – *O Processo Sumaríssimo na Revisão do Código de Processo Penal*. [Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.cej.mj.pt/cej/formacontinua/fichpdf/formacao200708/jornadas_penal_textos/processos_esp_sum_coi_mbra2007sf.pdf.p.18.

Ainda de acordo com a redacção dada em 2007 ao artigo 392.º, n.º 1 do CPP, o Ministério Público pode, através da iniciativa do arguido ou após a sua audição, requerer ao tribunal a aplicação da pena nesta forma de processo. Relativamente ao regime anterior, foi aditada a possibilidade de o arguido poder requerer ao Ministério Público que o seu caso seja julgado em processo sumaríssimo ou, não sendo o próprio a requerer mas antes o Ministério Público, a possibilidade de ser ouvido pelo Ministério Público antes da formulação do requerimento para aplicação de sanção nesta forma de processo especial.

Como características principais do *processo sumaríssimo* é importante destacar o seu carácter consensual e expedito, inspirado em razões de economia processual, exercitado através da eliminação das fases de instrução e de julgamento, bem como em uma maior simplificação dos procedimentos¹⁵⁶. Assim, o Ministério Público pode requerer ao Juiz a aplicação de uma pena, sendo que o dito requerimento corresponde a uma acusação, onde devem estar descritas as disposições legais violadas pelo arguido, os motivos pelos quais o Ministério Público entende que não deve concretamente ser aplicada uma pena de prisão, assim como as sanções propostas, conforme resulta do disposto no artigo 394º do CPP. O juiz do tribunal pode, no entanto, rejeitar o requerimento com base na inadmissibilidade do procedimento, o que sucederá por exemplo se no requerimento figurar uma pena privativa da liberdade, ou com base no entendendimento de que a sanção proposta não corresponde de forma ajustada e satisfatória às exigências de punição (artigo 395.º, n.º 1 do CPP). Em tais casos, o Juiz enviará o processo para outra forma processual, sendo o despacho da decisão irrecurável, de acordo com o disposto no artigo 395.º, n.º 4 do CPP. Admitido o requerimento do Ministério Público para a aplicação da sanção proposta, o juiz, mediante a não oposição do arguido ao requerimento, procede através de despacho à aplicação da sanção. Este despacho, de acordo com o disposto no artigo 397.º, n.º 2 do CPP, “vale como sentença condenatória e transita imediatamente em julgado”.

Do *processo sumaríssimo* importa ainda destacar a margem de discricionariedade que assiste ao Ministério Público. Como vimos, esta forma de processo especial depende de uma proposta sancionatória do Ministério Público, feita através de um requerimento. Deste modo, é permitida ao Ministério Público uma certa margem de discricionariedade, ou seja, não está

¹⁵⁶ O consenso de que se trata deve estar assente na razoabilidade e o acordo deve ser aceitável para todos os sujeitos processuais, não se sobrepondo à verdade material nem à validade judicial da decisão judicial que o firma, não havendo por isso um simples *bargaining*. Assim, RODRIGUES, Anabela - Os Processos Sumário e Sumaríssimo ou a Celeridade e o Consenso no Código de Processo Penal. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. ANO 6. Fasc. 4º (Out.- Dez.) 1996.p.533 -534.

obrigado a optar por uma solução pré-estabelecida no que tange à pena a propor, actuando sim em função da apreciação que venha a fazer sobre a gravidade dos factos do caso concreto. Porém, a gravidade dos factos e a adequação da pena ao caso concreto há-de ser avaliada e decidida pelo Juiz (artigo 395.º do CPP) e não pelo Ministério Público, que tem essencialmente o dever de sustentar a acusação formulada.

Outra característica do *processo sumaríssimo*, prende-se com o facto de se tratar de um processo essencialmente escrito, ao contrário do que sucede na forma de processo comum. Tradicionalmente, na fase de instrução e nomeadamente na fase de audiência de julgamento, predomina o princípio da oralidade no processo penal (cfr. artigos 96º e 298º do CP). Isto significa que no decorrer do julgamento, sem prejuízo da possibilidade de junção de documentos ou de lavrar declarações para a acta (artigo 165.º do CPP e artigo 363.º do CPP), os vários sujeitos processuais intervêm de forma oral. Ora, o processo sumaríssimo vem tornear esta regra do princípio da oralidade, desde logo pelo facto de o requerimento do Ministério Público exigir a forma escrita, nos termos do artigo 394.º, n.º 1 do CPP, tal como o despacho de notificação do arguido ou de rejeição do requerimento pelo juiz. Note-se que o acordo entre estes três sujeitos processuais, condição essencial para que exista *processo sumaríssimo*, permite uma maior celeridade processual, evitando deste modo o processo comum de notificações e outros actos processuais.

Importa ainda referir, a propósito das diferenças na aplicação do *processo sumaríssimo* e do processo comum, de que de resto foi já expressão o parágrafo anterior, o princípio do contraditório, consagrado no artigo 32.º, n.º 5 da CRP. Este princípio, que representa uma garantia do direito de defesa dos cidadãos no processo criminal, é, como sabemos, uma imposição e uma necessidade no nosso processo penal, mas que, no entanto, não é *ab initio* totalmente contraditório¹⁵⁷. Analisando a forma de processo comum, o princípio do contraditório afirma-se em termos plenos durante a fase de Instrução, caso esta tenha lugar, e na audiência de julgamento. Assim, o arguido, ou outro sujeito processual, tem a possibilidade de exercer o contraditório sobre qualquer questão, de facto ou de direito, que lhe diga respeito, quer através da sua participação em debate instrutório (artigo 289.º do CPP), quer no

¹⁵⁷. Apesar de a fase de Inquérito ser entendida como uma fase não contraditória, de acordo com o disposto no artigo 35.º, n.º 2 da CRP que refere que estão subordinados ao princípio do contraditório a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determina, é possível, ainda que de forma limitada, a participação contraditória do arguido na fase inicial do processo, ao poder “ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que o afecte”, nos termos do artigo 61.º, n.º 1 do CPP. Desde há muito a favor deste entendimento, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – Princípios Gerais do Processo Penal. In *Direito Processual Penal*. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Seccção de textos. 1988-1989. p.108-111.

momento da apresentação dos meios de prova no decurso da audiência de julgamento (artigo 327.º do CPP). Todavia, na forma de processo sumaríssimo, a aplicação do princípio do contraditório não tem expressão, embora tal suceda com o acordo dos sujeitos processuais, senão vejamos. Se existir a concordância do tribunal com a proposta do Ministério Público para esta forma de processo, o arguido apenas se vai pronunciar no sentido de a aceitar, concordando assim com as sanções que lhe irão ser aplicadas, ou de a rejeitar, sendo o processo remetido para a forma de processo comum ou para a forma de processo abreviado desde que reunidos os requisitos de que a lei faz depender a aplicação respectiva. Em ambas as situações não existe possibilidade de discussão ou de apresentação de meios de prova, uma vez que, se o arguido desejar exercer o seu direito ao contraditório, terá de o fazer em processo comum. O mesmo sucede em relação à insusceptibilidade de recurso das decisões que são proferidas em processo sumaríssimo, de acordo com o disposto no artigo 400.º, n.º 1, alínea c) do CPP.

Relativamente ao assistente, este não tem uma participação activa no processo sumaríssimo. Apesar de ser admitida a sua constituição, logo na fase de inquérito, conforme resulta do artigo 68.º, n.º 2 do CPP, a sua intervenção resume-se à possibilidade de ser ouvido pelo Ministério Público, para efeitos de fixação de indemnização civil, para além de, nos crimes de natureza particular, o julgamento na forma de processo sumaríssimo depender do seu assentimento (artigo 392.º, n.º 2 do CPP).

3.1.4- A determinação concreta da pena pelo Ministério Público à luz do artigo 16.º, n.º 3 do CPP

De entre as manifestações do princípio da oportunidade, merece-nos também referência a possibilidade prevista no artigo 16.º, n.º 3 do CPP. Esta norma dispõe que o Ministério Público pode determinar que o arguido seja julgado por tribunal singular por entender que não deve ser aplicada ao arguido, no caso em concreto, pena de prisão superior a cinco anos nos processos a cujos crimes corresponderia, em abstracto, uma pena máxima aplicável superior a cinco anos, o que daria portanto lugar a julgamento perante um tribunal colectivo, nos termos do disposto no artigo 14.º, n.º 2, alínea b) do CPP). Nesta situação, e de acordo com o disposto no artigo 16.º, n.º 4 do CPP, o tribunal não poderá aplicar uma pena de prisão

superior a cinco anos. Assim, o Ministério Público pode, mesmo no caso de concurso de infracções em que estejam em causa crimes cuja soma das várias molduras penais seja superior a cinco anos, na acusação ou através de requerimento quando seja superveniente o conhecimento do concurso, determinar a intervenção do tribunal singular.

Este requerimento não depende, no entanto, da livre actuação do Ministério Público, uma vez que este tem de fundamentar o pedido e expôr as razões de facto e de direito que o levam a requerer uma pena inferior àquela que o tipo de ilícito em concreto prevê. Trata-se efectivamente de um poder-dever do Ministério Público e também de uma concretização da relevância constitucional do princípio da oportunidade, no sentido de o tribunal não poder aplicar uma pena superior àquela que foi proposta pelo Ministério Público. No entanto, quer o arguido, quer o assistente, têm a possibilidade de reclamar hierarquicamente da decisão que determina a competência do tribunal singular, requerendo a sua revogação, caso entendam que não se verificam os pressupostos materiais para a aplicação do artigo 16.º, n.º 3 do CPP¹⁵⁸. Através deste mecanismo do artigo 16.º, n.º 3 do CPP, é permitido ao Ministério Público “ajustar” a moldura penal abstractamente aplicável nas situações em que a culpa e as exigências de prevenção podem justificar a sua integração em um tipo de criminalidade menos grave. Ora, o “critério de fronteira” entre a pequena e a grave criminalidade é precisamente este *limite máximo de cinco anos de prisão* que está previsto nos diversos tipos legais de crimes e esta distinção do tipo de criminalidade é explicada pelo grau de dano e pelo alarme social que provocam. Considerada ajustada a competência do tribunal singular, nas situações previstas no artigo 16.º, n.º 3 do CPP a aplicação deste regime jurídico justifica-se em razão de um tipo de crime que se considera inserido na chamada pequena criminalidade pelas razões acima aduzidas e de acordo com um *modelo de justiça consensual*. Assim, entendeu o legislador introduzir esta excepção no julgamento de tais processos pelo tribunal colectivo¹⁵⁹.

Em boa verdade, esta possibilidade prevista pelo artigo 16.º, n.º 3 do CPP em que o Ministério Público estabelece o limite máximo de pena aplicável ao caso concreto em cinco anos, não difere da situação em que a pena se encontra previamente determinada na lei.

¹⁵⁸ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário ao Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª Edição, 2011. Universidade Católica. ISBN 9789725402955. p.86.

¹⁵⁹ Neste sentido, TORRÃO, Fernando - Admissibilidade da Suspensão Provisória do Processo nas situações previstas pelo Artigo 16.º, N.º3, do CPP, (Fundamentos de Política Criminal e Caminhos Técnico – Processuais a Partir de Uma Hipótese Prática). In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.III*, Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978- 972- 32- 1793 -3 . p.1208 -1212.

Referimo-nos concretamente ao seu grau de ilicitude e também à hipótese de promoção da suspensão provisória do processo através do expediente legal em análise, reunidos que estejam os requisitos e pressupostos do n.º 1 do artigo 281.º do CPP. Deste modo, e perante uma moldura penal idêntica, existe em ambos os casos a obrigatoriedade de o Ministério Público decretar a suspensão provisória do processo¹⁶⁰.

Foi discutida a possível inconstitucionalidade do artigo 16.º, n.º 3 do CPP de 1987, na redacção do Decreto-Lei n.º 387-E/87, de 29 de Dezembro, entendendo-se que a actuação do Ministério Público, através deste mecanismo, poderia constituir uma violação de determinados princípios constitucionais, nomeadamente do princípio da igualdade, da independência do juiz e da função jurisdicional dos tribunais. O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade da norma em referência, entendendo que o facto de o Ministério Público requerer a intervenção do tribunal singular, com preterição do tribunal colectivo em regra competente, não se traduz na violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), uma vez que a sua actuação se pauta por critérios de estrita legalidade e objectividade, nomeadamente aqueles que são *legalmente fixados para a determinação concreta da pena*¹⁶¹. Entendeu ainda o Tribunal Constitucional não estar prejudicado o exercício da função jurisdicional pelos tribunais, nem a independência dos juízes, na medida em que o Ministério Público, ao usar da faculdade disposta no artigo 16.º, n.º 3 do CPP, não o faz de uma forma arbitrária ou discriminatória, por se encontrar sujeito a critérios de estrita objectividade e se limitar a aplicar o método da determinação concreta da competência, que apenas deixa de ser fixada pelo método da sua determinação abstracta¹⁶².

3.2- O Instituto da Suspensão Provisória do Processo e a Mediação Penal

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Cfr. Ac.TC n.º9/91, que refere que “a norma em questão não colide nem com o princípio da reserva de função jurisdicional nem com o da independência dos juízes ou o da legalidade da acção penal, De igual forma se entende que a norma do n.º 3 do artigo 16.º do Código de Processo Penal não viola qualquer das garantias do processo criminal consagradas no artigo 32.º da Constituição, designadamente face ao disposto nos seus n.ºs 1 e 7.

¹⁶² Ainda a propósito da constitucionalidade do art.16º, nº3 do CPP e em sentido favorável à sua inconstitucionalidade veja-se o Ac. do TC Nº 265/95 e a declaração de voto vencida de Maria Fernanda Palma. Assim,, “atribuir ao Ministério Público poder para determinar na acusação a competência do tribunal em função de um juízo de prognose sobre a medida da pena concretamente aplicável (independentemente da medida legal da pena), vem condicionar o conteúdo da sentença através de critérios que não são de estrita punibilidade do facto, previstos na lei, como impõe o artigo 292º nº 1, e pressupõe o artigo 208º, nº 1, da CRP”.

Tomando o instituto da *suspensão provisória do processo penal* e comparando-o com o da mediação penal, verificamos que determinadas *injunções* e *regras de conduta* que podem ser impostas ao arguido como condição para a suspensão provisória do processo, tais como a necessidade de indemnizar o lesado ou dar a este satisfação moral adequada (artigo 281.º, n.º 2, alíneas a) e b) do CPP), não deixam de apresentar uma vertente reparadora como sucede com o acordo resultante do processo de mediação, sobretudo se pensarmos que nas obrigações eventualmente constantes daquele acordo de mediação penal pode estar também a responsabilização do ofensor, através da reparação material ou emocional do dano causado à vítima.

Já defendemos na presente investigação a possível complementariedade entre o sistema de justiça tradicional e o sistema restaurativo. Com efeito, a propósito da referência às teorias restaurativas, e também no que diz respeito às medidas de diversão *supra* elencadas, considerámos que vítima e ofensor, ou, se utilizarmos uma designação de carácter processualista, o arguido e o assistente, têm o direito de recorrer às formas de consenso enquanto meio de resolução do seu conflito. Parece assim que nesta matéria não estamos longe de poder afirmar que o sistema processual penal português foi de certo modo inspirado pelas soluções do sistema restaurativo, através da aceitação de medidas alicerçadas no consenso entre os sujeitos processuais, sem no entanto renunciar à intervenção judicial¹⁶³.

Apesar de, quer no Código Penal, quer no Código de Processo Penal, não estar legalmente prevista a mediação e de ser o seu regime, como já se explicou, autónomo e regulado pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, esse instituto e o da *suspensão provisória do processo*, previsto no artigo 281.º do CPP, apresentam semelhanças de regime. Com efeito, ambos são mecanismos de diversão do processo penal, através dos quais se pretende evitar a submissão a julgamento do arguido e evitar igualmente a aplicação de uma pena de prisão e ambos os institutos podem ser propostos pelo Ministério Público. Outra ordem de semelhanças reside no facto de a aplicação dos dois institutos depender da concordância dos sujeitos processuais, em especial do arguido e do assistente.

¹⁶³ Através da implementação no Código de Processo Penal de 1987 de mecanismos de diversão e consenso, tais como a suspensão provisória do processo, prevista no artigo 281.º. Cfr. PALERMO, Pablo Galain – Mediação Penal como forma Alternativa de Resolução de Conflitos: A Construção de um Sistema Penal sem Juízes. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias.Vol.III*,Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Boletim da Faculdade de Direito.Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978- 972- 32- 1793 -3. p.842- 843.

Apesar da aproximação assinalada ao nível da diversão do processo, consubstanciando tanto a suspensão provisória do processo como a mediação em processo penal suas manifestações, há no entanto que proceder a uma distinção importante nesta sede. Na verdade, os dois institutos reconduzem-se a tipos de diversão distintos. Relativamente à *suspensão provisória do processo*, trata-se de uma “diversão com intervenção” uma vez que se verifica uma actuação e poder de decisão no procedimento por parte de um órgão formal. Assim, estaremos perante este método de diversão quando o processo é suspenso mediante o cumprimento das injunções e regras de conduta, impostas pelo Ministério Público. Verifica-se por seu lado na mediação penal uma “diversão por meio de mediação”, que se distingue da primeira porque tem a intervenção de um terceiro imparcial, o mediador, que procura auxiliar na resolução do conflito de uma forma cooperativa, mas sem o poder de imposição e controlo presente no processo penal tradicional¹⁶⁴.

De qualquer modo, é consensual na doutrina que o legislador procurou, com a introdução do regime da mediação penal em Portugal, uma solução que do ponto de vista material é próxima da suspensão provisória do processo.

Dada a proximidade material assinalada, podemos-nos questionar sobre se a mediação penal está dotada de autonomia face à suspensão provisória do processo. Alguns autores consideram injustificada a introdução de um regime de mediação penal no sistema processual penal português. Isto apesar das recomendações e directivas da União Europeia apontarem no sentido dessa necessidade, nomeadamente a *Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001*, que, como já vimos, determina que “cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida” (artigo 10.º, n.º 1). Esta posição, diga-se que minoritária entre a doutrina, é sustentada pela ideia de que no Código de Processo Penal de 1987 já foram consagrados determinados institutos, como é o caso da *suspensão provisória do processo*, aptos a responder a todas as soluções de consenso, nomeadamente à mediação penal, dispondo igualmente de um carácter restaurativo.

Assim, de acordo com a perspectiva em referência, as semelhanças referidas entre a mediação penal e a suspensão provisória do processo, às quais acresce o facto de em ambos os institutos a sua aplicação só ser possível nos crimes cuja pena máxima não seja superior a cinco anos (artigo 281.º, n.º 1 do CPP e artigo 2.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 21/2007, de 12 de

¹⁶⁴ Neste sentido e a propósito dos modelos de diversão veja-se, COSTA, José de Faria – *op.cit.* p.21 -23.

Junho), só por si justificam que não haja necessidade de recorrer à mediação penal, uma vez que, de acordo com este entendimento, o mecanismo da suspensão provisória do processo já cumpre esse papel. Nestes termos, havendo coexistência dentro do sistema penal entre a reparação decorrente do cumprimento das injunções e regras de conduta resultantes da aplicação do instituto da suspensão provisória do processo e a reparação emergente da mediação penal, a primeira deverá prevalecer¹⁶⁵.

Em última análise, esta perspectiva rejeita autonomia à mediação penal.

Discordamos em absoluto desta posição, porque em nosso entender desconsidera a natureza específica e própria dos dois institutos e afigura-se-nos apenas sustentada nas similitudes formais de ambos os regimes, já acima explanadas. Tanto a suspensão provisória do processo como a mediação penal são institutos autónomos, dotados de finalidades próprias e nenhum deles pode ser utilizado como “instrumento” de aplicação de outro qualquer instituto, sob pena de se subverter, não só essa autonomia, mas também a função e importância que lhes são atribuídas. É inegável que existe uma aproximação entre os dois institutos, verdadeiramente querida pelo legislador. Isso porque a mediação penal partilha dos objectivos dos mecanismos de *diversão* ou *desjudiciarização*, sustentados em critérios de oportunidade e de consenso, procurando igualmente afastar a acusação ou a possível aplicação de sanções penais¹⁶⁶. É de resto isso que sucede em outras manifestações do princípio da oportunidade a que antes se aludiu. Tomando o, *arquivamento em caso de dispensa de pena*, e mesmo considerando que estamos perante um comportamento que integra os necessários pressupostos de punibilidade, ou seja, uma acção típica, ilícita, culposa e punível e que existe, efectivamente, uma declaração de condenação do agente, a verificação desses pressupostos não determinam a aplicação de uma pena, uma vez que a sua aplicação não surge como necessária face às finalidades que a mesma deve prosseguir¹⁶⁷. Ora, na medida em que o arquivamento em caso de dispensa de pena também visa a não submissão do arguido a julgamento e bem assim a não aplicação de pena, parece que se aproxima da mediação penal no plano dos objectivos, que resultariam, pelo menos parcialmente, partilhados. Todavia, nem por isso se pode dizer que o arquivamento em caso de dispensa de pena e a mediação penal

¹⁶⁵ Assim, PALERMO, Pablo Galain – *op.cit.*p.856 – 857.

¹⁶⁶ À semelhança do *arquivamento em caso de dispensa de pena* onde apesar de se verificar uma culpa diminuta do agente, não se justifica a aplicação de uma sanção penal. Neste sentido, COSTA, Diogo Pinto da – *Mediação em Processo Penal:Comentário à Proposta de Lei*. In *Maia Juridica*.Revista de Direito. Ano IV,Número 1.Jan- Jun 2006.p.81.

¹⁶⁷ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo - Casos especiais de determinação da pena. In *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*. Notícias Editorial,1993.ISBN 972-46-0613-9.p.314 – 315.

sejam um mesmo instituto ou sequer variantes do mesmo. Diversamente, são institutos distintos e autónomos, como a suspensão provisória do processo e a mediação penal também são.

É ainda de notar que na suspensão provisória do processo as *injunções e regras de conduta* impostas ao arguido, nos termos do disposto no artigo 281.º, n.º 2 do CPP, mesmo beneficiando da concordância deste sujeito processual para a respectiva aplicação, não deixam por isso de possuir características sancionatórias¹⁶⁸. Trata-se de verdadeira sanção. É certo que a imposição de tais injunções e regras de conduta consubstancia uma reparação do dano causado pela prática do crime, o que parece evidenciar aproximação ao acordo de reparação dos danos patrimoniais e morais da vítima no contexto da mediação penal. É também verdade que em ambos os institutos a reparação surge numa perspectiva de diversão do processo. Porém, a reparação do dano, que é no plano da mediação penal um elemento determinante e indissociável do processo restaurativo, está desprovida de carácter impositivo e sancionatório e por isso se distancia da reparação eventualmente alcançada no contexto da suspensão provisória do processo, que assume um claro pendor sancionatório.

Há assim uma distinção clara entre a natureza da reparação decorrente do cumprimento das referidas injunções e regras de conduta na suspensão provisória do processo e a natureza da reparação decorrente do processo de mediação.

A reparação do dano é, efectivamente, a questão central na abordagem dos dois institutos.

Mas a questão da reparação do dano também é uma questão central no contexto político-criminal, a propósito das vantagens que, considerada a conduta potencialmente punível, a reparação apresenta para a vítima e para o agressor, bem como para a própria Administração da Justiça.

A esta centralidade da reparação do dano não é alheia a crescente importância da reparação no Direito Penal e a posição defendida por alguma doutrina no sentido de que a reparação deve ser considerada como uma consequência jurídico-penal autónoma do crime, consubstanciando uma verdadeira “terceira via”, a par das penas e das medidas de

¹⁶⁸ Neste sentido, LEITE, André Lamas - *A Mediação Penal de Adultos, Um Novo« Paradigma» de Justiça?:Análise Crítica da Lei nº 21/ 2007, de 12 de Junho*.Coimbra Editora, 2008. ISBN 978 -972 -32 -1606 -6. p.91.

segurança¹⁶⁹. Assim, do ponto de vista do Direito Penal, a reparação penal é reconduzida a um de três modelos distintos:

a) O *modelo minimalista*, que predominou até à introdução de formas de diversão e consenso no nosso processo penal, que assenta no pressuposto de que não existe diferença entre a reparação penal e a reparação civil, não havendo por isso especificidades para a reparação que emerge da prática de um crime. Compreende-se assim que para os defensores desta concepção minimalista a reparação não deixa de possuir natureza civil mesmo quando esteja em causa a indemnização de um lesado em virtude da prática de um crime¹⁷⁰. Esta perspectiva não confere qualquer autonomia à reparação penal, uma vez que a reduz à sua componente económica, de acordo com as necessidades da vítima em ser ressarcida dos danos e prejuízos sofridos com a prática do crime, sem no entanto solucionar o conflito penal nem dispensar a aplicação de uma pena¹⁷¹.

b) Um outro modelo denominado de *autonomista*, considera a reparação como sendo um instituto dotado de autonomia em relação à indemnização civil, ao mesmo tempo que a figura como uma «terceira via» relativamente às penas e às medidas de segurança. Como tal, a reparação deve também ser encarada como uma consequência jurídico-penal autónoma do crime e assim possuir autonomia para dispensar a aplicação de pena ou de outra sanção. Comparativamente à posição adoptada pelo modelo minimalista, os efeitos da reparação são, na óptica autonomista, distintos, quer do ponto de vista do seu resultado, quer do ponto de vista das suas formas de manifestação. Deste modo, a reparação parte aqui da vontade dos sujeitos processuais e através da mesma pode ser dado por terminado o processo penal, sem necessidade de ser determinada pena ou outra sanção ao arguido. Acresce que a reparação não se limita à indemnização civil, podendo ir para além da mesma, incluindo a possibilidade de dar ao lesado satisfação moral, através da prestação de esclarecimentos ou de um pedido de desculpas, ou a possibilidade de o arguido prestar trabalho a favor da comunidade¹⁷². A reparação penal não atende assim exclusivamente ao dano, porque se tal sucedesse tratar-se-ia apenas de uma sanção penal de carácter civil, limitada a ressarcir os prejuízos que fossem produzidos na esfera jurídico-privada da pessoa lesada. O princípio da culpa será o critério

¹⁶⁹ Nomeadamente pela doutrina Alemã, cfr. ROXIN, Claus – Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. In SCHÖCH, H – *Wiedergutmachung und Strafrecht, Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*. Munchen, 1987, p.52.

¹⁷⁰ Nomeadamente, GRACIA MARTÍN, HIRSH E ALBRECHT.

¹⁷¹ Resume-se no fundo ao pedido de indemnização civil. Cfr. arts. 71.º a 74.º do CPP.

¹⁷² Veja-se a semelhança com as injunções e regras de conduta previstas no artigo 281.º, n.º 2, alíneas b), c) e e) do CPP impostas ao arguido como condição para a suspensão provisória do processo.

determinante quer na determinação da medida da pena, quer no montante da reparação¹⁷³. Este modelo de reparação foi fomentado e desenvolvido através do “projeto alternativo de reparação” (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, AE-WGM), publicado em 1992, da iniciativa de um grupo de professores, entre os quais *Claus Roxin*, que procuraram dar resposta a várias questões fundamentais em torno da reparação e que conduziram à discussão sobre esta temática. Desde logo, partindo do prejuízo ou dano da vítima, o direito processual penal encontra-se mais direccionado para a confrontação do que propriamente para a conciliação ou composição dos conflitos, como não está moldado para a satisfação das necessidades da vítima. Também o crescimento do movimento restaurativo a nível internacional tornou evidente a necessidade de incluir a reparação como alternativa ou complemento da pena. Perante este quadro, a introdução da reparação pode, no entender deste movimento, contribuir para uma maior ampliação de sanções no âmbito jurídico-penal e ao mesmo tempo melhorar a eficácia preventiva do sistema penal. Ao procurar o restabelecimento da paz jurídica, só alcançada por meio da reparação integral da vítima, através de uma compensação financeira ou através das medidas já referidas, deixam de existir razões de prevenção geral e especial que justifiquem a aplicação de uma pena.

c) O terceiro modelo tem igualmente uma vertente autonomista, mas, contrariamente ao modelo que defende a «terceira via», parte da concepção da reparação como uma verdadeira pena, uma vez que é o Juiz que vai condenar o agente a reparar o dano causado à vítima. A reparação penal com forma de evitar a aplicação de uma pena ao arguido é neste caso concreto uma pena em si mesma¹⁷⁴.

Expostos os três modelos, parece-nos evidente que no panorama nacional existe uma aproximação desejada entre o modelo *autonomista*, que assenta na reparação como «terceira via», e a reparação da mediação penal. Isto deve-se, desde logo, à condição voluntarista da reparação na mediação penal, pois que não resulta de uma imposição ao agente. Depois, porque tem como objectivo permitir a ressocialização do agente e contribuir não só para o restabelecimento da paz jurídica, mas também, através de um maior alcance da reparação do dano da vítima ou da comunidade, contribuir para o restabelecimento da paz social. Esta opção reparadora deve ser contextualizada na pequena e média criminalidade, porque apta a cumprir aí os fins do Direito Penal, sem necessidade de ser aplicada qualquer outra sanção

¹⁷³ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. In *Estudos In Memoriam* do Prof. Beza dos Santos. Separata do Vol.XVI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.1963.p.35.

¹⁷⁴ Neste sentido, Autores como SESSAR, GROENHUIJSEN, FREHSEE E SHILD.

penal¹⁷⁵. Não obstante, os autores que sufragam a orientação que se vem expondo para a reparação na mediação penal não a excluem de determinados crimes de maior gravidade, mas, nesse contexto, e tendo em conta as necessidades de prevenção geral e especial que se fazem sentir com particular intensidade, a reparação não deverá substituir a aplicação da pena, podendo no entanto contribuir para a atenuação da mesma¹⁷⁶. De notar ainda que a reparação em sede de mediação penal apresenta uma dimensão mais psicológica, no sentido em que pretende ultrapassar a situação traumática da vítima, provocada pela prática do crime. Assim se explica que não tenha de abranger necessariamente uma indemnização pelos danos causados, ou seja, não tem obrigatoriamente de revestir cariz pecuniário, já que a reparação é alcançável por qualquer outro meio que satisfaça as necessidades da vítima. Por isso se compreende também que, como preceitua o artigo 6.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que regula a mediação penal em processo penal, o conteúdo do acordo seja fixado livremente pela vítima e pelo ofensor, desde que não inclua sanções privativas da liberdade ou deveres que possam ofender a dignidade do arguido.

Ainda relativamente ao *modelo autonomista* assente na reparação como pena, encontram-se nele semelhanças com o instituto da *suspensão provisória do processo* na dimensão reparadora. É certo que na *suspensão provisória do processo* não existe propriamente uma pena fixada pelo juiz mas sim uma sanção sob a forma de injunções e regras de conduta, resultantes de proposta pelo Ministério Público. É igualmente verdade que tal proposta carece da concordância do assistente e do arguido para a sua aplicação e por esse motivo se pode afirmar que comporta uma dimensão reparadora. Porém, a sanção em referência não deixa de constituir uma imposição, conforme resulta do artigo 281.º, n.º 1 do CPP. Por isso que, apesar da aproximação assinalada, a diferença é perceptível.

Como foi referido na análise dos objectivos que prossegue, a mediação penal não se limita à reparação dos direitos da vítima que foram violados em consequência da prática do crime e/ou à compensação dos danos patrimoniais e morais que a vítima sofreu. Se tal se verificasse, a mediação não acrescentaria nada de novo ao sistema de justiça tradicional, uma vez que a *suspensão provisória do processo*, através das medidas dispostas no artigo 281.º, n.º 2 do CPP, nomeadamente as que estão referidas nas alíneas a) e b) do mesmo preceito legal,

¹⁷⁵ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. In *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*. Notícias Editorial, 1993. ISBN 972-46-0613-9. p.82

¹⁷⁶ Com o mesmo entendimento, SANTANA, Selma - *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.II*, Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. p.901.

está apta a cumprir esse papel. Assim, não podemos descurar o facto de a mediação penal procurar não apenas a resolução do litígio, mas também e talvez sobretudo, a reconciliação e o restabelecimento das relações sociais entre os indivíduos e bem assim no seio da comunidade. A ideia de “restauração” está efectivamente presente na mediação. Todavia, estará ausente do processo penal.

A “restauração” é um conceito diferente do de reparação, embora frequentemente se confundam. Assim, “restaurar” não se reconduz apenas ao ressarcir dos prejuízos sofridos pela vítima. Implica também amenizar o sofrimento dela, bem como a indignação que possa sentir, que não é de todo quantificável através de uma indemnização. Aquilo que se pretende através da restauração é pois a reposição do estado inicial ou anterior à prática do crime mas, especificamente, de uma perspectiva emocional. A restauração, contrariamente à reparação tomada isoladamente, não pode, deste modo, ser imposta ou organizada com o objectivo de um determinado resultado, deve por seu lado ser promovida livre de tais desideratos pré-estabelecidos. Outra diferença assinalável entre os dois conceitos reside no facto de a necessidade de restauração não ser “exclusiva” da vítima, que é o que sucede na reparação. Na verdade, do lado do ofensor também pode existir a necessidade de repensar o crime e as consequências que o mesmo implica na sua vida¹⁷⁷.

Uma outra questão que nos merece referência diz respeito à participação da vítima nos dois institutos em análise neste ponto 3.3. Na *suspensão provisória do processo*, ainda que não sejam descurados totalmente os interesses da vítima, dada a possibilidade de a mesma se constituir como assistente o que, como refere Figueiredo Dias, “lhe outorga um papel conformador do próprio processo”, a verdade é que a sua intervenção é meramente de ordem processual, limitando-se à concordância, ou não, com a imposição das injunções e regras de conduta ao arguido, nos termos do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alínea a) do CPP¹⁷⁸. Ao contrário do que sucede na mediação penal, não existe na *suspensão provisória do processo* uma intervenção directa da vítima no processo, uma vez que a mesma é representada legalmente por um advogado.

¹⁷⁷ O grau de restauração não é pois quantificável em função da gravidade do crime praticado, tal como sucede na reparação. Neste sentido, e sobre as diferenças entre os dois conceitos, veja-se GARSSE, Leo Van – A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência. In *Resolução Alternativa de Litígios, Colectânea de Textos Publicados na NEWSLETTER DGAE*. Ministério da Justiça. Direcção – Geral da Administração ExtraJudicial. Abril de 2006. Ed. Agora Comunicação. ISBN 972-99281-9-3. p.127 -128

¹⁷⁸ Assim também, DIAS, Jorge de Figueiredo – Do necessário reforço de estruturas de consenso no processo penal. Os acordos sobre a sentença. In *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*. Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. 2011. ISBN 978-989-96067-1-5. p.20-22.

Já na mediação penal, o princípio da participação voluntária ou da voluntariedade, que se afigura como informador de outros princípios basilares do processo restaurativo, nomeadamente do princípio da confidencialidade, confere à vítima a faculdade de, como se viu antes na abordagem desta temática, intervir directamente no processo através da sua presença na mediação, condição aliás essencial para que mediação se realize. Através do diálogo que tem lugar na mediação entre a vítima e o ofensor, é construída uma solução de consenso “alargado ou participativo” e não apenas uma solução de consenso processual, uma vez que a vítima pode, ela própria, mercê da liberdade que existe para a construção do acordo, decidir de que forma o seu dano pode ser reparado, contrariamente ao que sucede na *suspensão provisória do processo*, onde este poder de decisão cabe ao Ministério Público, com a concordância do Juiz de Instrução.

Reconhecendo a importância do envolvimento, quer do assistente, quer do arguido no processo de decisão, no sentido de estes sujeitos processuais construírem conjuntamente uma solução satisfatória para a resolução do conflito penal, facilmente se entenderá existir maior eficácia da mediação penal quando comparada com as possibilidades emergentes da aplicação de injunções e regras de conduta ao arguido, e não o oposto¹⁷⁹. No entanto, o recurso à mediação penal poderá não ser a melhor opção em todos os casos. Basta pensarmos por exemplo na hipótese de a vítima manifestar vontade em não ser confrontada com o ofensor ou caso prefira, recorrer à via judicial. Nesta situação, e de acordo com o princípio da voluntariedade e da liberdade de escolha do procedimento, seria quanto a nós mais viável o recurso à aplicação das injunções e regras de conduta ao arguido no âmbito da *suspensão provisória do processo*, desde que verificados os pressupostos de que a lei faz depender a respectiva aplicação.

Face ao exposto, reconhecemos que o mérito da aplicação da *suspensão provisória do processo* tal como está prevista no nosso sistema penal não se resume à mera diversão do processo, mas também à não menos importante aproximação de natureza restaurativa de algumas injunções e regras de conduta que pretendem atender mais às necessidades da vítima e até da comunidade. Veja-se nomeadamente as medidas previstas no artigo 281.º, n.º 2, alíneas b) e c) do CPP, que podem ser oponíveis ao arguido, como sucede com o “*dar ao lesado satisfação moral adequada*”, ou com o “*efectuar a prestação de serviço de interesse público*”. Não se trata, no entanto, de um instituto aglutinador dos princípios restaurativos e

¹⁷⁹ No mesmo sentido, LÁZARO, João ; MARQUES, Frederico Moyano – Justiça Restaurativa e mediação. In *Sub judice*. Justiça Restaurativa. ISSN 0872- 2137. Almedina. nº37.2006 (Out-Dez.).p.76.

como tal capaz de substituir a mediação penal, nomeadamente na sua vertente participativa e relacional, ou sequer de prever a resolução do conflito penal por acordo entre a vítima e o seu agressor¹⁸⁰.

Deste modo, entendemos que se justifica o abandono de uma visão limitada da mediação penal. Há que afirmar a sua autonomia em relação a outros mecanismos de diversão do processo penal. É certo reivindicar para ela especificidades dogmáticas.

3.3- A diversão do processo e as soluções de consenso após a fase de Inquérito

3.3.1 – Na fase de Instrução

Com a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, foi integrada nele a possibilidade de recorrer ao princípio da oportunidade também durante a fase de instrução, nomeadamente através do instituto da *suspensão provisória do processo*. Assim, de acordo com o disposto no artigo 307.º, n.º 2 do CPP, no encerramento da instrução existe a possibilidade de o Juiz de Instrução Criminal, com a concordância do Ministério Público, suspender provisoriamente o processo. Esta possibilidade, que remete para a aplicação do artigo 281.º do CPP, é pois em tudo semelhante à aplicação da suspensão provisória do processo durante a fase de inquérito a que antes se dedicou estudo, sendo ambas as decisões vinculadas às mesmas exigências de política criminal. Mas há ainda assim diferenças de regime que importa assinalar.

No encerramento do Inquérito, a decisão do Ministério Público em não promover a suspensão provisória do processo, optando ao invés por despacho de acusação, é impugnável pelo arguido, através de requerimento para a abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1, alínea a) do CPP). Em sede de Instrução, a não concordância com o despacho do Juiz de Instrução Criminal que promova a suspensão provisória do processo sem observância dos requisitos de que a lei faz depender a sua aplicação é recorrível, de acordo com o disposto no artigo 399.º do CPP, em conjugação com o artigo 281.º, n.º 5 do CPP. Deste modo, e nos termos do artigo

¹⁸⁰ De certa forma também neste sentido, veja-se MONTE, Mário Ferreira – Um balanço provisório sobre a Lei de Mediação Penal de Adultos. In ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2011. ISBN 978 – 972- 32 -1920 -3.p.114-115

307.º, n.º 2 do CPP, no encerramento da Instrução a decisão de aplicar o instituto em referência é impugnável, mas de modo distinto do que se viu suceder quando a respectiva aplicação tenha lugar na fase de Inquérito¹⁸¹.

O despacho de *suspensão provisória do processo* do Juiz de Instrução, durante as fases de Inquérito ou de Instrução, não é recorável, ao contrário do que sucede com a decisão de não suspensão (artigo 281.º, n.º 5 do CPP). Entende-se claramente esta opção do legislador, dado a inexistência de interesse em agir dos sujeitos processuais relativamente à primeira situação, uma vez que já existe concordância de todos quanto à decisão de suspensão.

Tem sido discutida a possibilidade a que já se aludiu *supra* de ser requerida, sobretudo pelo arguido, a abertura de instrução com fundamento na não determinação da suspensão provisória do processo durante a fase de Inquérito. Nos termos do disposto no artigo 286.º, n.º 1 do CPP, “a instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”. Analisando a letra da lei, não encontramos qualquer exclusão da possibilidade em referência, até porque a suspensão provisória do processo pode, como já se explicou, ter aplicação durante a fase de Instrução. Além disso, esta não é uma opção discricionária, pois que é tomada de acordo com o princípio da legalidade, e deverá, como tal, ser adoptada se verificados os pressupostos legais¹⁸².

No sentido sustentado pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão de 13-02-08 (processo 07P4561). Nele se refere que a remissão do n.º 2 do artigo 307.º do CPP para o artigo 281.º do CPP significa que, depois de encerrado o debate instrutório, o Juiz de Instrução profere despacho de pronúncia ou não pronúncia, mas pode também, se for o caso, e uma vez obtida a concordância do Ministério Público, determinar a suspensão provisória do processo¹⁸³. Refere ainda o citado Acórdão que arguido e assistente podem requerer ao Ministério Público ou ao Juiz de Instrução a suspensão provisória do processo, a qual não pode deixar de ser determinada caso se verifiquem os respectivos pressupostos. Assim, no decurso do Inquérito, o requerimento será dirigido ao Ministério Público, findo o Inquérito ao Juiz de Instrução por meio de “acção” adequada à efectivação desse direito,

¹⁸¹ Assim, TORRÃO, Fernando – *op.cit.* p.1215 -1216.

¹⁸² Neste sentido, p. CARMO, Rui do – A Suspensão Provisória do Processo no Código de Processo Penal Revisto, Alterações e Clarificações. In *Rev.do CEJ*. Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Estudos. 1º Semestre 2008. Número 9 (Especial). p.333-334.

¹⁸³ Cf. Ac.STJ de 13-02-08, processo 074561, Relator Simas Santos. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>

acção que só pode consistir no requerimento de abertura de instrução em que se pede que se analisem os autos no sentido de se verificar se estão reunidos os pressupostos de que depende a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo e que, em caso afirmativo, se diligencie, além do mais, pela obtenção da concordância do Ministério Público, tal como impõe o n.º 2 do artigo 307.º do CPP. De facto, só a concordância do Ministério Público abre a possibilidade ao Juiz de Instrução de proferir a decisão a que se refere o artigo 307.º do CPP e que inclui, como se viu, a possibilidade de suspender provisoriamente o processo, desde que obtida a concordância do Ministério Público.

Apesar da possibilidade aludida de o juiz poder determinar a suspensão provisória do processo na fase de Instrução, é de facto discutível a hipótese de o arguido requerer a sua abertura apenas com o objectivo de obter essa mesma suspensão provisória do processo. Tal como referimos, não é essa a finalidade primeira da instrução e o facto de o Juiz de Instrução poder vir a propor a suspensão provisória do processo na fase de instrução não significa, de acordo com a opinião de alguma doutrina, que a instrução possa ser aberta com esse fim, uma vez que esta possibilidade é entendida apenas como decorrência da sua previsão legal¹⁸⁴. Não foi essa todavia o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal de Justiça acima exposto. Aprofundemos os motivos dessa orientação.

De acordo com o disposto no artigo 287.º, n.º 2 do CPP, no requerimento de abertura de Instrução devem ser invocadas as razões de facto e de direito de discordância relativamente à acusação, se o requerente for o arguido, ou à não acusação, tratando-se do assistente. Deste modo, a actuação do Ministério Público, nomeadamente no que concerne à decisão de acusar ou de arquivar o Inquérito, não pode deixar de estar isenta de controlo por parte de outro órgão ou entidade que não esteja comprometido com a acusação. No que diz respeito ao controlo judicial da decisão após o encerramento do Inquérito, é efectuado através do pedido de abertura de instrução pelo arguido ou pelo assistente (artigo 286.º e 287.º do CPP). Já relativamente ao despacho de arquivamento, está sujeito a um controlo hierárquico que tem lugar oficiosamente ou “a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente”, se a abertura de instrução não for requerida (artigo 278.º, n.º 1 e n.º 2 do CPP).

¹⁸⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de – Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual, soluções de Diversão, Oportunidade e Consenso. In *A Gestão do Inquérito, Instrumentos de Consenso e Celeridade*. WORKSHOP- ÉVORA 3/7/2008, p.22 – 23.[Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf p.22- 23.

Parece pois evidente que os sujeitos processuais têm a possibilidade de requerer a abertura de Instrução com fundamento na suposta violação pelo Ministério Público do dever de aplicar os institutos legalmente previstos quando reunidos os pressupostos legais que viabilizam a respectiva aplicação, ou não se tratasse a fase de instrução, apesar do seu carácter facultativo, de um meio de controlo da actividade daquele órgão. É por isso que seguimos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça nesta matéria. Note-se que, em relação ao sistema de controlo judicial e hierárquico presente no nosso processo penal, ele representa acima de tudo uma *garantia de acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva* dos cidadãos, consagrado constitucionalmente no artigo 20.º, n.º 1 da CRP.

Centrando-nos novamente na possibilidade de aplicação da *suspensão provisória do processo* na fase de Instrução, mais concretamente no encerramento do debate instrutório, o Juiz de Instrução profere, de acordo com o disposto no artigo 307.º, n.º 1 do CPP, despacho de pronúncia ou de não pronúncia, sendo que apenas na primeira hipótese fará sentido aplicar este instituto, uma vez que o despacho de não pronúncia irá equivaler ao arquivamento do processo. Entendemos, também de acordo com a posição do Supremo Tribunal de Justiça sobre esta matéria, que o mecanismo legal do artigo 307.º, n.º 2 do CPP que permite ao Juiz de Instrução, existindo a concordância do Ministério Público, optar pela suspensão provisória do processo, deve ser aplicado caso estejam preenchidos os respectivos pressupostos do artigo 281.º, n.º 1 do CPP e o Juiz considere ser a melhor solução para o processo. Assim, deverá o Juiz de Instrução obter a concordância do Ministério Público para que possa decidir nesse sentido¹⁸⁵.

Coloca-se ainda a questão de saber qual o sentido da decisão do juiz nas situações em que o Ministério Público, no final da fase de Instrução, mantém o propósito de deduzir acusação. Acontece que, sem a concordância do Ministério Público, não se estabelece o consenso desejado, faltando deste modo um dos requisitos para que a *suspensão provisória do processo* seja possível e para que seja aplicada como mecanismo de diversão do processo (artigo 281.º, n.º 1 do CPP). Impossibilitado que esteja o consenso, a hipótese de diversão não mais constitui fundamento para a não dedução de acusação, devendo o juiz, nesta situação, proferir despacho de pronúncia.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro – Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente do sistema. In *Rev. Do Ministério Público*. Nº84. (Out – Dez) 2000. p.42 -43

Na fase de Instrução, e independentemente da discussão sobre o fundamento do pedido de requerimento de abertura de Instrução com vista à obtenção da suspensão provisória do processo por nós abordada, é também possível a aplicação de uma outra medida de diversão do processo.

Falamos concretamente do *arquivamento em caso de dispensa de pena*. Assim, de acordo com o disposto no artigo 280.º, n.º 2 do CPP, mesmo que a acusação já tenha sido deduzida, o Juiz de Instrução pode, no decorrer da Instrução e com a concordância do Ministério Público e do arguido, decidir-se pelo arquivamento do processo mediante a verificação dos pressupostos de dispensa da pena. Relativamente a este instituto, que à semelhança da *suspensão provisória do processo* também é aplicável em processo sumário por força do disposto no artigo 384.º do CPP, não é necessária a concordância do assistente para que o Juiz de Instrução proceda ao arquivamento do processo. Acresce ainda à dispensa de concordância do assistente para com a respectiva decisão outra limitação deste instituto e que diz respeito à já referida impossibilidade de impugnação da decisão de arquivamento (cfr. 280.º, n.º 3 do CPP). Deste modo, entendemos que se trata de uma opção do legislador menos consensual do ponto de vista dos mecanismos de diversão do processo e da participação dos sujeitos processuais comparativamente à suspensão provisória do processo, que exige a concordância do assistente e do arguido para a sua aplicação e que pode ser requerida por estes, nos termos do artigo 281.º, n.º 1 do CPP. A interrogação que se coloca nesta sede é a de saber se, por uma questão de unidade sistemática e de harmonização com o instituto da suspensão provisória do processo, não deveria resultar do artigo 280.º do CPP, a possibilidade de impugnação pelo assistente que viesse a discordar da decisão de arquivamento em caso de dispensa de pena ou então que este também desse uma concordância vinculativa para o Juiz para a aplicação do instituto, o que significaria uma maior unidade sistemática com o instituto da suspensão provisória do processo.

Centremos agora a nossa atenção na mediação penal.

No regime da mediação penal, regulado através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, e contrariamente a outros ordenamentos europeus já referenciados, não se prevê o recurso à mediação para além da fase de Inquérito. Na análise mais pormenorizada deste instituto, vimos já que a remessa do processo para a mediação não determina a suspensão provisória do processo, mas sim a suspensão do prazo da acusação, previsto no artigo 283.º, n.º 1 do CPP, e dos prazos de duração máxima do Inquérito, que se encontram previstos no artigo 276.º do

CPP (artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho). Esta solução adoptada pelo legislador nacional vem demonstrar claramente a intenção de se restringir a mediação penal à fase de investigação do processo penal, uma vez que os prazos que podem ser suspensos apenas dizem respeito à fase de Inquérito.

A importância da celeridade processual, bem como a necessidade de descongestionamento dos tribunais, podem explicar a introdução da mediação logo na fase de Inquérito. No entanto, a já mencionada necessidade de reforçar a intervenção da vítima do processo de outros modos que não apenas por meio do estatuto de assistente, sobejamente defendida pelo Conselho da Europa através da Recomendação nº (99) 19, que pugna pela criação de opções de consenso para a solução dos conflitos, justifica, na opinião de alguns autores, o alargamento da mediação penal a outras fases do processo penal¹⁸⁶. Deste modo, é inquestionável e foi já largamente demonstrado, que os objectivos da mediação penal vão muito para além da celeridade processual e do descongestionamento dos tribunais. Tomar somente esses como objectivos da mediação penal equivaleria a encará-la como apenas uma alternativa à acusação. Ora, isso seria redutor.

É neste contexto que se coloca a questão, quanto a nós pertinente, de saber se esta situação poderia ou não ser contornável existindo legalmente a possibilidade de remessa do processo para a mediação já depois da dedução da acusação.

Sabemos que o arguido, no caso de ser deduzida contra si uma acusação, pode discordar da decisão e reagir, nos termos do artigo 287.º, n.º 1, alínea a) do CPP, requerendo a abertura da instrução. Diríamos que tal discordância também poderia ter lugar no que respeita à decisão do Ministério Público de não remeter o processo para mediação penal. Isto porque, durante a Instrução, e através do requerimento para a sua abertura, faria sentido a existência da possibilidade de o arguido poder solicitar junto do Juiz de Instrução o envio do processo para a mediação se desta forma fosse possível responder às necessidades de prevenção geral e especial, em conformidade de resto com o preceituado a esse propósito no artigo 3.º, n.º 1 da Lei 21/2007, de 12 de Junho), evitando-se assim a pronúncia do arguido e a sua sujeição a julgamento, nos termos do artigo 308.º, n.º 1 do CPP¹⁸⁷. Na hipótese de o Juiz de Instrução

¹⁸⁶ Neste sentido, MONTE, Mário Ferreira – *op.cit.*p.117-118. Igualmente favorável ao alargamento da mediação a outras fases do processo veja-se, PINTO, João Fernando Ferreira – O papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima – Agressor. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*.ANO 15.Nº1.Jan- Mar, 2005. p.109 – 110.

¹⁸⁷ Caberia ao Juiz de Instrução a homologação do acordo. Igualmente favorável à possibilidade de mediação na fase de Instrução, cfr. PINTO, João Fernando Ferreira- *ibidem*.

poder optar por esta solução restaurativa, e de acordo com o princípio da voluntariedade, seria igualmente necessária a concordância do assistente para que fosse possível ocorrer o processo de mediação.

Se, por outro lado, fôssemos levados a equacionar a possibilidade de o assistente também pretender o encaminhamento do processo para a mediação já no decorrer da fase de Instrução, mesmo não deixando de ser uma situação atípica face à natureza acusatória deste sujeito processual, verificaríamos que, independentemente dos benefícios ao nível da celeridade e economia processuais, se alargaria certamente a possibilidade de os sujeitos processuais disporem, também no decorrer desta fase, de opções de consenso para a solução dos seus conflitos, soluções que são complementares ao sistema de justiça tradicional. Isto mesmo tendo em consideração o carácter facultativo da Instrução no processo penal português e o facto de ser pouco significativo do ponto de vista estatístico o recurso a esta fase processual.

Do exposto decorre que entendemos ter sustentação a mediação penal também na fase de Instrução.

3.3.2 - A Exequibilidade da Mediação Penal na fase de julgamento e a problemática do Princípio da Presunção de Inocência

Como refere Figueiredo Dias, o consenso como processo só é alcançável quando todos os envolvidos directamente no problema «*participam de modo construtivo e inclusivo na sua resolução e se prestam a cumprir o que for acordado, através de uma norma decisória*»¹⁸⁸.

A necessidade de reforçar o nosso processo penal de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito, acolhendo e promovendo a chamada justiça negociada, emerge no nosso modelo de estrutura acusatória perante a transformação ideológica e social dos nossos tempos e associada às exigências de celeridade processual. A este propósito, o Código de Processo Penal de 1987 introduziu, como já referimos, mecanismos de consenso e espaços de oportunidade, tais como a suspensão provisória do processo e o arquivamento em

¹⁸⁸ Cfr. DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo – Do necessário reforço de estruturas de consenso no processo penal. Os acordos sobre a sentença. In *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*. Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. 2011. ISBN 978-989-96067-1-5. p.22

caso de dispensa de pena, ambos aplicáveis na fase de Inquérito e de Instrução, quando esta seja requerida.

No que respeita à fase de audiência de julgamento, a *confissão* pelo arguido, quer seja total ou parcial, dos factos vertidos na acusação ou na pronúncia, não deixa de ser também entendida como um mecanismo “catalisador” de uma solução consensual, no sentido em que se trata do pressuposto fundamental de qualquer acordo que incide sobre a sentença¹⁸⁹. Como se compreende, esta *confissão* não pode no entanto deixar de ser judicialmente controlada com o objectivo de assegurar que o arguido a faz de forma livre e sem estar sujeito a qualquer tipo coacção, nos termos do disposto no artigo 344.º, n.º 1 do CPP.

Havendo uma tal solução legal, importa apurar se a mediação penal poderá ter cabimento ou se será sequer necessária na fase em referência.

A hipótese de a mediação penal ser admitida na fase de julgamento tem sido discutida entre a doutrina, nomeadamente a propósito da *alteração da qualificação jurídica dos factos*, nos termos do disposto no artigo 358.º, n.º 3 do CPP. Vejamos como exemplo a situação em que o Ministério Público, durante a fase de Inquérito, entende que, em um determinado crime, a qualificação jurídica dos factos a que chegou não permite a existência de mediação, mas imaginemos que em sede de julgamento o tribunal altera essa mesma qualificação, constatando-se então que a modificação da qualificação jurídica dos factos pelo juiz permite afinal que a mediação seja admitida no tipo de crime que passa a estar em causa. Estando aqui consubstanciado um erro do Ministério Público na qualificação jurídica dos factos a que chegou durante a fase de Inquérito, não existe, face à lei em vigor, a possibilidade de recorrer à mediação após a acusação. Ora, quanto a nós, o que vai exposto configura, uma desigualdade e uma limitação do direito que assiste ao arguido de requerer a mediação penal, nos termos do disposto no artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, 12 de Junho, já que deveria ter podido requerê-la na fase de Inquérito e, devido a erro do Ministério Público, perdeu essa oportunidade¹⁹⁰. Aqui está um primeiro motivo que pode sustentar a necessidade e conveniência de consagrar a mediação penal na fase de audiência e julgamento.

Estabelecendo agora um paralelismo entre o acordo sobre a sentença e o acordo em mediação penal, não existe, nesta última, uma simples confissão do arguido, mas sim uma

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Neste sentido, suscitando igualmente esta questão, veja-se MONTE, Mário Ferreira – Um balanço provisório sobre a Lei de Mediação Penal de Adultos. In ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2011. ISBN 978 – 972- 32 -1920 -3.p.118 -119.

responsabilização que assume uma dupla vertente. Em primeiro lugar, é necessário que o ofensor, que na mediação está “despido” da veste de arguido, assuma o seu envolvimento no dano causado à vítima para que o processo de mediação ocorra, e, em segundo lugar, deve o mesmo ofensor ser responsável pelo cumprimento do acordo, de modo a reparar o dano. Não obstante, admitimos que poderá existir complementariedade entre ambas as soluções de consenso aludidas pela razão de. a *confissão* poder ter importantes efeitos substantivos, nomeadamente ao nível da *suspensão da execução da pena*, suspensão que por sua vez pode estar subordinada ao cumprimento, por parte do arguido, de deveres e de regras de conduta, sendo que alguns desses deveres e regras podem apresentar uma vertente restaurativa¹⁹¹. Sem pretendermos entrar na controvérsia sobre a validade ou invalidade dos acordos sobre a sentença, torna-se uma exigência constitucional para o Estado adoptar mecanismos que facilitem o decorrer do processo penal, ou, por outras palavras, prosseguir o *princípio do favorecimento do processo*, assegurando aos cidadãos a eficiência dos meios de justiça, enquanto forma de realização do direito à tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, n.º 5 da CRP),¹⁹².

Ora, o sistema processual penal português não dispõe, contrariamente a outros sistemas europeus analisados a propósito da mediação em todas as fases do processo, de uma fase de conciliação que possibilite ao juiz em sede de julgamento e com a anuência do arguido e da vítima, reencaminhar o processo para a mediação. Nesta perspectiva, podemos afirmar que, no que respeita à fase de julgamento, e face à impossibilidade do ponto de vista legal de o processo ser encaminhado para a mediação penal, o nosso processo penal apenas dispõe de soluções consensuais restritas ao âmbito processual. Quando nos referimos à *confissão* dos factos pelo arguido, que está base do acordo sobre o resultado do processo, ou à *suspensão da execução da pena de prisão*, tais soluções apresentam evidentes benefícios ao nível da celeridade do processo, pois, tratando-se de uma confissão integral e sem reservas, esta implica a renúncia à produção de prova relativamente aos factos imputados ou a passagem logo de imediato às alegações orais (artigo 344.º, n.º 2, alíneas a) e b) do CPP). Também ao nível da reparação existem benefícios, uma vez que se dá a oportunidade de o arguido reparar

¹⁹¹ Tais deveres e regras de conduta, previstos nos artigos 51.º e 52.º do CP, têm também semelhanças com as medidas previstas no artigo 281.º, n.º 2 do CPP, que podem ser impostas ao arguido para se poder determinar a suspensão provisória do processo.

¹⁹² Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo – Um processo penal funcionalmente orientado: uma exigência irrenunciável do Estado de Direito . In *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*. Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.2011. ISBN 978-989-96067-1-5.p.38.

o dano causado à vítima, através das medidas que lhe são impostas no âmbito da *suspensão da execução da pena de prisão*.

O instituto da *suspensão da execução da pena de prisão* tem sofrido, muito por influência do sistema anglo-americano do regime de prova ou *probation*, várias alterações no sentido de ampliar o seu campo de actuação e a sua efectiva utilização. Assim, a Lei n.º 59/2007 veio alargar a possibilidade de *suspensão da execução da pena de prisão* quando esteja em causa medida de pena de prisão não superior a cinco anos, medida que anteriormente era de três anos. A aplicação deste instituto, através da imposição de deveres e de regras de conduta, não só tem uma função reparadora, como já foi referido, como também tem uma vertente socializadora, através da possibilidade de acompanhamento do ofensor e do desenvolvimento de um plano de reinserção social durante o seu período de suspensão¹⁹³. Mas esta vertente reparadora do instituto da *suspensão da execução da pena de prisão* não dispensa a mediação penal, que assenta, como se viu anteriormente, em pilares reparadores próprios.

Relativamente à vítima constituída como assistente, mantém uma intervenção limitada na fase de julgamento, apesar de poder prestar declarações nos termos do artigo 346.º, n.º 1 do CPP. Entendemos que a vítima poderia ter um papel mais interventivo nesta fase se os institutos com componente consensual fossem complementados com o processo restaurativo, por meio da possibilidade de encaminhamento de processos para a mediação penal nesta fase processual.

Quando nos referimos a soluções de consenso processual ou a soluções de consenso alargado ou participativo, o acordo resultante de ambas as soluções não pode colocar em causa os princípios jurídico-constitucionais nem os direitos fundamentais do arguido. O *princípio da presunção da inocência*, previsto no artigo 32.º, n.º 2 da CRP, é talvez aquele que assume mais relevância e suscita maior reserva no processo de mediação penal.

Assim, o consentimento voluntário do arguido em participar na mediação pressupõe que se verifiquem indícios suficientes da prática do crime, sendo que esta adesão à mediação penal pode ser entendida como uma presunção de culpa verificada durante o processo de mediação na fase de Inquérito¹⁹⁴. O problema suscitado reside no facto de não existir uma

¹⁹³ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo – A Pena de Suspensão de Execução da Prisão. In *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*. Notícias Editorial, 1993. ISBN 972-46-0613-9. p.338 -339.

¹⁹⁴ No mesmo sentido, WALGRAVE, Lod – Designing a restorative criminal justice system. In WALGRAVE, Lod – *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. USA 2008. Willan Publishing. ISBN 9781843923350. p.158 – 159.

acusação no momento da remessa do processo para a mediação penal e o acordo daí resultante poder igualmente traduzir-se em uma assunção de culpa por parte do arguido.

Nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 5 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, a confidencialidade do processo que impede a valoração como prova em julgamento dos factos revelados na mediação, certamente que comporta alguns riscos no que diz respeito à violação do princípio da presunção da inocência em causa. Esta questão assume particular relevância em caso de incumprimento do acordo pelo arguido, uma vez que perante esta possibilidade e prosseguindo o processo penal, que culminará muito provavelmente na dedução de acusação e sujeição do arguido a julgamento, a confissão dos factos na mediação não poderá ser utilizada como meio de prova em julgamento¹⁹⁵. Trata-se de um questão controversa, esta de saber qual o estatuto do arguido em tribunal depois de previamente admitir a sua culpabilidade durante o processo de mediação, isto considerando a efectiva existência de uma garantia constitucional de presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença. De notar que a falta de acordo na mediação penal ou o seu incumprimento não significa nem pode significar uma condenação do arguido em sede de julgamento, sendo certo que, se tal acontecesse, estaríamos perante uma violação do *princípio da presunção de inocência*.

A propósito da articulação deste *princípio da presunção de inocência* com a mediação penal, entendemos que o verdadeiro problema reside no facto de o dever de confidencialidade na mediação poder funcionar como um obstáculo à valoração da prova em tribunal, comportando deste modo alguns riscos de violação deste princípio¹⁹⁶. Na falta de regulamentação no nosso Código de Processo Penal sobre a valorização desta matéria probatória, não podem no entanto os princípios básicos da mediação afectar este, ou qualquer outro, direito do arguido consagrado constitucionalmente.

¹⁹⁵ Em sentido contrário e favorável à valoração como prova em tribunal dos factos conhecidos em sede de mediação, veja-se MONTE, Mário Ferreira- *op.cit.* p.119 -121.

¹⁹⁶ Assim, *ibidem*.

CONCLUSÕES

Do Capítulo I

1. O desenvolvimento da mediação penal entre vítima e ofensor a que se tem assistido nas últimas décadas no seio do sistema de justiça tradicional deve-se ao surgimento da justiça restaurativa.

2. A justiça restaurativa representa não apenas um processo informal tendente à obtenção de um acordo entre a vítima e o ofensor, mas também uma teoria sustentada em determinados princípios e valores que a distinguem da chamada justiça tradicional e ainda um movimento que surge da ineficácia do modelo retributivo em acolher as veras necessidades geradas pelo crime, colmatando os seus efeitos estigmatizantes na vítima e no ofensor.

3. As diversas práticas restaurativas existentes são, através de um processo participativo dos cidadãos e da comunidade, a concretização dos ideais e dos princípios da justiça restaurativa.

4. A justiça restaurativa não deve substituir o modelo de justiça tradicional mas ao invés complementá-lo, introduzindo uma dimensão restaurativa ao sistema penal e implementando medidas alternativas à punição, aplicáveis de acordo com os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima do Estado.

5. Só através da integração do modelo restaurativo no sistema penal é possível garantir o controlo da legalidade do processo e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

6. A punição como forma de intervenção do Estado, visa a protecção da segurança dos cidadãos mas não proporciona a responsabilização activa e consciente do ofensor perante a vítima, necessária à total reparação do seu dano. A responsabilização penal resulta assim apenas da imposição de uma pena.

7. Os princípios da participação voluntária e da confidencialidade que são condição para a realização da mediação e para a existência de confiança das partes no processo e no mediador estão ausentes do sistema de justiça tradicional.

8. Na grande maioria dos Países Europeus que incorporaram a mediação penal nos seus ordenamentos jurídicos, a mesma é restrita à fase de Inquérito e aos crimes de menor gravidade. Com a consagração da mediação penal pretende-se sobretudo o

descongestionamento dos tribunais face ao aumento da pequena criminalidade, e como tal a mediação é entendida como mais uma medida de diversão do processo penal. Neste contexto, consideramos que a mediação encarada desta perspectiva vem a resultar na diminuição da sua amplitude de aplicação e de autonomia face ao processo penal, limitando igualmente o direito de participação na mediação da vítima e ofensor nas fases subsequentes do processo penal.

Do Capítulo II

9. A mediação deve ser alargada a todas as fases do processo penal. A perspectiva comparada que sustenta esta posição permite-nos afirmar que tal possibilidade proporciona um acréscimo das garantias de participação e de protecção não só dos direitos da vítima e da prevenção da sua vitimização como também dos direitos do ofensor perante a possibilidade de existirem sanções de cariz restaurativo alternativas à pena de prisão para além da fase de Inquérito.

10. Nos Países que abraçaram as Recomendações e Directivas Comunitárias no sentido de adoptarem ou adaptarem mecanismos legais que possibilitem a existência de mediação em todas as fases do processo penal é patente de uma forma geral o aumento anual do número de processos encaminhados para a mediação. É certo tratar-se ainda de uma pequena percentagem no universo de processos crime, fruto da já referida estrutura acusatória, mas o que a análise estatística explanada demonstra é de facto a inversão da tendência punitiva e a conscialização da importância da mediação para a realização da justiça.

11. A mediação penal não deve ser extensiva aos crimes públicos no pressuposto de o acordo daí resultante substituir integralmente a aplicação de uma pena, uma vez que nesses crimes prevalece o interesse público. Neste sentido, impõe-se neles a intervenção do Estado. Admitimos a possibilidade de mediação penal no presente contexto apenas nas situações em que o resultado da mediação penal, mediante o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofensor, possa apenas conduzir a uma atenuação da pena aplicável ao arguido.

12. A mediação direccionada para os crimes graves deve apenas ser extensiva à fase de pós-sentença e em contexto prisional desde que exista o consentimento da vítima e do ofensor.

Do Capítulo III

13. A mediação penal, tal como está prevista no processo penal português é, não do ponto de vista da sua natureza mas sim do ponto de vista da sua aplicação, uma forma de diversão do processo e uma alternativa ao processo penal tradicional.

14. A mediação penal não se restringe a uma função processual de diversão do processo. Através do elemento participativo e colaborativo que caracteriza o seu processo, a mediação penal distingue-se dos Institutos representativos da diversão do processo previstos no Código de Processo Penal, nomeadamente da suspensão provisória do processo.

15. A mediação penal não é uma manifestação do princípio da oportunidade mas sim uma solução de consenso alargado ou participativo que não se limita apenas à reparação do dano nem impõe essa mesma reparação.

16. Como solução de consenso alargado ou participativo, a mediação penal deve ser possível também nas fases de Instrução e de julgamento. Na fase de Instrução por via do requerimento para a abertura da Instrução. Na fase de julgamento por poder ser, processualmente direccionada através de institutos de consenso de âmbito processual já existentes no processo penal português, nomeadamente por meio da *confissão* e da *suspensão da execução da pena de prisão*.

Bibliografia

ACÓRDÃO Nº 7/87 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Diário da República, I Série, nº 33, de 9.2.87*

ACÓRDÃO .STJ de 13-02-08, processo 074561, Relator Simas Santos. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>

AERSTEN, Ivo; PETERS, Tony – As políticas Europeias em matéria de justiça restaurativa. In *Sub judice*. Justiça Restaurativa. ISSN 0872- 2137. Almedina. nº37.2006 (Out-Dez.).p.41-42

AERTSEN, Ivo; PETERS, Tony - *Mediation for Reparation: The Victim's Perspective*. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol.6, Number 2, 1998. K.U. Leuven, Dept. Criminal Law and Criminology p.106-124.

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de – Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual, soluções de Diversão, Oportunidade e Consenso. In *A Gestão do Inquérito, Instrumentos de Consenso e Celeridade*. WORKSHOP- ÉVORA 3/7/2008.p.22 – 23.[Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf p.22- 23.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de - A Mediação Perante os Objectivos do Direito Penal. In *A INTRODUÇÃO DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-AGRESSOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: COLÓQUIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, 2004*. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Almedina, 2005. ISBN 972-40-2585-3.p.39-41.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de – A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. In *Rev.Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, nº3 (Jul-Set.2005).Coimbra Editora.p.405.

AMERICAN BAR ASSOCIATION – *Endorsement of Victim –Offender Mediation / Dialogue Programs*.:Recommendation., ABA House of Delegates, August, 1994 [Em Linha] .Disponível em WWW: <http://www.vorp.com/articles/abaendors.html>

BARABÁS, Tunde; FELLEGI, Borbála –*Responsibility- taking, Relationship-Building and Restoration in Prisons: Mediation and Restorative Justice in Prisons*.Foresee Research Group.Pub.National Institute of Criminology. Budapest 2012. Disponível em WWW : http://foresee.hu/uploads/tx_abdownloads/files/MEREPS_FinalPublication_EN.pdf

BARTON, Charles - *Restorative Justice Empowerment*. [Em linha]. Australian Journal of Professional and Applied, vol.2,no.2,2000.[Consult.19Mar.2012].Disponível em WWW:http://www.voma.org/docs/barton_rje.pdf

BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1998. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene*. ISBN 972-31-0816-X. p.64-67

BIERMANS, Nadia- Development of Belgian prisons into a restorative perspective. In *Positioning Restorative Justice*. FIFTH INTERNATIONAL CONFERENCE ORGANISED BY INTERNATIONAL NETWORK FOR RESEARCH ON RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES. Leuven, 16-19 September, 2001-[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/biermansandhoop>

CAEIRO, Pedro – Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente do sistema. In *Rev. Do Ministério Público*. Nº84. (Out – Dez) 2000. p.42 -43.

CAMP, Tinneke Van; LEMONNE, Anne - *Critical reflection on the development of restorative justice and victim policy in Belgium*. In ELEVENTH UNITED NATIONS CONGRESS ON CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE. Bangkok, Thailand. April, 2005. [Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/11_un/Tinneke%20final%20paper.pdf

CARMO, Rui do – A Suspensão Provisória do Processo no Código de Processo Penal Revisto, Alterações e Clarificações. In *Rev.do CEJ*. Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Estudos. 1º Semestre 2008. Número 9 (Especial). p.324-325.

CENTRAL MEDIATION SERVICE- *Victim/Offender Mediation*. United Kingdom. [Em Linha] Consult. 31 Mai 2012. Disponível em WWW: <http://www.centralmediation.co.uk/VOP.htm>

CHILDREN, YOUNG, PERSONS, AND, THEIR FAMILIES ACT 1989, nº24, sections 20, 35, 170, 177. New Zealand [Em.linha]. [Consult. 14 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1989/0024/latest/DLM147088.html>

CHRISTIE, N.- *Conflict as Property*. [Em linha] In The British Journal of Criminology (January 1977), vol. 17, Nº1. Carleton University Library, actual. 26 Out. 210. [Consult. 19 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://bjc.oxfordjournals.org/content/17/1/1.full.pdf>

CÓDIGO DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE . art.47º, nº4. Aprov. Pela Lei nº115 /2009 de 12 de outubro. In *Diário da República*, 1.ª série — N.º 197 — 12 de Outubro de 2009

CÓDIGO EUROPEU DE CONDUTA DOS MEDIADORES. Nº4. [Em linha]. UNIÃO EUROPEIA, 2004. [Consult. em 25 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.forum-mediacao.net/codigoCondutaEuropeu.pdf>

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA- *Decisão-Quadro de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.* (2001/220/jai). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, PT. [EmLinha]. Disponível em WWW: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:PT:PDF>

CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA- *Comentários ao Anteprojecto de Diploma sobre Mediação Penal*. [Em Linha] Disponível em WWW: http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer06_05.pdf

CORONAS, Clara Casado – *Restorative Justice: An Agenda for Europe, Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe*. Final report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147. European Forum for Restorative Justice v.z.w.2008. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Going%20South%20Report.pdf>

CORREIA, Eduardo- Os Fins Das Penas. In *Direito Criminal*. Vol.I, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1993. p.39-61.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda da – A fase de Inquérito. In *Direito Processual Penal, Curso Semestral*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1998. p.130 - 132.

COSTA, Diogo Pinto da – Mediação em Processo Penal: Comentário à Proposta de Lei. In *Maia Juridica*. Revista de Direito. Ano IV, Número 1. Jan- Jun 2006. p.81.

COSTA, Eduardo Maia – Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. In *Rev.do Ministério Público*. Nº85 (Jan-Mar) 2001. p.39 -41.

COSTA, José de Faria – Diversão (Desjudiciarização) e Mediação: que rumos?. In *Separata do Vol.LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Universidade de Coimbra, 1986. p.12 -13.

COSTA, José Gonçalves da – Legalidade versus Oportunidade, Legalidade atenuada, oportunidade regulada. In *Rev.do Ministério Público*. Ano 21, Nº83 (Jul. – Set.) 2000. p.87 -88.

COUNCIL OF EUROPE – *Rebuilding Community Connections: Mediation and Restorative Justice in Europe*. Council of Europe Publishing, Germany (2004). ISBN 92-871-5450-3. p.81.

COUNCIL OF EUROPE, - *Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters*. Appendix. II. General principles. [EmLinha]. Disponível em WWW: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=DC>

COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS - *Recommendation no. r (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning the simplification of Criminal Justice*. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies. [Em Linha]. Disponível WWW: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>

- CZWARTOSZ, Elzbieta – Mediation in Polish criminal procedure. In *Victim –offender mediation, Short notes from Poland* .[Em Linha] Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/czwartosz/view>
- DERVIEUX, Valérie – The French System. In MARTY, Mireille Delmas; SPENCER, J.R. – *European Criminal Procedures*.Cambridge. University Press, 2002.United Kingdom.ISBN 0 521 59110 4. p.230- 260.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - Casos especiais de determinação da pena. In *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*. Notícias Editorial,1993.ISBN 972-46-0613-9.p.314 – 315.
- DIAS,Jorge de Figueiredo-O Processo Penal Português:Problemas e Prospectivas.In SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,POR OCASIÃO DOS 20 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS..Coimbra Editora,2009.- *Que Futuro para o Direito Processual Penal?: actas*.p.815-816.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – Do necessário reforço de estruturas de consenso no processo penal.Os acordos sobre a sentença. In *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*.Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.2011. ISBN 978-989-96067-1-5.p.20-22.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – Finalidades e limite das penas criminais- In *Direito Penal,Questões Fundamentais,A Doutrina Geral do Crime*.Parte Geral,Vol.I, 2ª Ed.Coimbra Editora,2007.ISBN 978-972-32-1523-6.p.78-81.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – Princípios Gerais do Processo Penal. In *Direito Processual Penal*.Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes.Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.Seccção de textos.1988-1989.p.96 -97.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. In *Estudos In Memoriam»do Prof. Beleza dos Santos*. Separata do Vol.XVI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.1963.p.35.
- DIAS,Jorge de Figueiredo – Teorias Absolutas: A Pena como Instrumento de Retribuição.In *Temas Básicos da Doutrina Penal:Sobre os fundamentos da Doutrina Penal,sobre a Doutrina Geral do Crime*.Coimbra editora,2001.ISBN 972-32-1012-6.p.70-72.
- DUARTE,Caetano - A Justiça Restaurativa, In *Sub Iudice*.ISSN 0872-2137.Ano de 2006 (Out- Dez),nº37.Almedina.p.51.
- EDGAR, Kimmett; NEWELL, Tim – Restorative Justice and Prisons. In *Restorative Justice and Prisons, A Guide to Making it Happen*.Water Side Press. UK, 2006. ISBN 1 904 380 25 5.p.22-26.
- ENCINAS, Emilio Eiranova – *Código Penal Alemán StGB,Código Procesal Penal Alemán StPO*.§46a,compensación autor-víctima,reparación de los danos.Capitulo segundo,Código Penal Alemán StGB.Parte General.Marcial Pons.Ediciones Jurídicas Y Sociales. Madrid,2000.ISBN 84-7248-757-1.

- ERNST,Cap Gemini - *Research into the issues raised in 'the introduction of the referral order,inyouthjustice,system*.March,2003.YJBpublications.[EmLinha].Consult.31Mai2012 .Disponivel:WWW:<http://www.yjb.gov.uk/engb/yjs/SentencesOrdersandAgreements/ReferralOrder/>
- ESTEVEES, Raúl – A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal. In rev.Sub judice – *Justiça Restaurativa*.nº37,2006 (Out-Dez).Almedina.p.60 – 61.
- ESTONIAN PENAL CODE 01.09.2002(*consolidated text 1 January 2012*). [Em linha] disponivel em WWW: <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>
- EYCKMANS , David – *New Belgian law on mediation*. Newsletter of the European Forum for Restorative Justice.Vol.6,Issue 2-3.[Em Linha].Disponivel em WWW: http://www.euforumrj.org/readingroom/Newsletter/Vol06_Issue0203.pdf
- FABRIZY, Ernest Eugen- *Die Österreichische Strafprozessordnung*, 9º ed,Manz Verlag. Wien 2004.ISBN 3214022997. p. 173-198.
- FELLEGI,Borbala - Meeting the Challenges of introducing Vom in CEE. In *Meeting the Challenges of introducing Victim-Offeender Mediation in Central and Eastern Europe*.JAI/2003/AGIS/088.European Forum for Victim- Offender Mediation and Restorative Justice.2005. p.40 [Em Linha] Disponivel emWWW:<http://www.euforumrj.org/readingroom/FinalAGIS2publication.pdf>
- FIDALGO, Sónia – *O Processo Sumaríssimo na Revisão do Código de Processo Penal*. [Em Linha]. Disponivel emWWW:http://www.cej.mj.pt/cej/formacontinua/fichpdf/formacao200708/jornadas_penal_textos/processos_esp_sum_coimbra2007sf.pdf.p.18.
- FISHER, Roger;URY William – *Como Conduzir uma Negociação*.Trad.Maria João Goucha.Editora. Lua de Papel.8º ed.2008.Titulo original: *Getting to Yes:Negotiation Agreement Without Giving In*.ISBN 978- 972-41-4941-7. p.53- 64.
- GARSSE, Leo Van – A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência. In *Resolução Alternativa de Litígios, Colectânea de Textos Publicados na NEWSLETTER DGAE*.Ministério da Justiça.Direcção – Geral da Administração ExtraJudicial.Abril de 2006.Ed. Agora Comunicação. ISBN 972-99281-9-3.p.127 -128.
- GIELEN, Anniek; BUCELLATO, Ninfa – Restorative justice and crime prevention policies in the EU member States. In ITALIAN MINISTRY OF JUSTICE, Department of Juvenile Justice – *Restorative Justice and Crime Prevention., Presenting a theorical exploration,an empirical analysis and the policy perspective*.Final report of the European project “Restorative Justice and crime prevention”. European Forum for Restorative Justice, Belgium.April 2010. P.140- 142.
- GÖNCZÖL, Katalin- *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure, 2010*.Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary,Budapest 2010. Ed. Afford Ltd.p.51

- GREENWOOD, Jean.-Restorative Justice Through Victim Offender Mediation.In UMBREIT,Mark S.- *The Handbook of Victim-Offender Mediation:An Essencial Guide to Practice and Research*.Ed. Jossey Bass Inc. Publishers,2001.ISBN 0-7879-5491-8.p.18-22.
- HASSEMER,Winfried; CONDE,Francisco Munõz – La Concepción Ideológica Del Derecho Penal Y Su Repercusion En La Consideración De La Víctima- *Introducción a La Criminologia*.Valencia:tirant lo blanch,2001.ISBN 84-8442-391-3.p.211-217.
- HATVANI, Erszébet - Victim-Offender Mediation in Hungary.In Paper from "*Improving Citizenship & Restoring Community*," THE 10TH INTERNATIONAL INSTITUTE FOR RESTORATIVE PRACTICES WORLD CONFERENCE. November 7-9, 2007, Budapest, Hungary.
- HYDLE, Idla - *The development of restorative practices in a human security perspective in Northern Europe*. PAPER TO THE INTERNATIONAL CONFERENCE IN RESTORATIVE PRACTICES IN HALIFAX, NOVA SCOTIA, 15 – 17 JUNE 2011.[Em linha].Disponivel em WWW: http://www.nova.no/asset/4954/1/4954_1.pdf
- INSTITUTO DE ESTATISTICA DA ESTÓNIA. In Statistics Estónia [Em linha] Disponivel em WWW:http://pub.stat.ee/pxweb.2001/dialog/varval.asp?ma=JU004&ti=TERMINATED+PROCEEDINGS+IN+OFFENCES+BY+BASE+FOR+TERMINATION+AND+DEGREE+OF+OFFENCE&path=../I_databas/Social_life/07Justice_and_security/03Crime/&search=CONCILIATION&lang=1
- JACCOUD,Mylène-Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *Justiça Restaurativa,Coletânea de Artigos*.Trad.de Positive Idiomas.Brasilia-Brasil,Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD,2005.p.173.
- JOHNSTONE,Gerry – The experiences and needs of victims. In JOHNSTONE,Gerry- *Restorative Justice:Ideas, Values and Debates*.William Publishing,2002. ISBN 1-903240-42-5.p.64-66.
- KILCHING, Michael- *The meaning of Victim/ Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view*.In Council of Europe Seminar on Mediation.Tirana,Albania,1996.Demo-Droit CR (97) 2,Strasbourg, 2 March 1997.
- KOSS, Christoph - The start of the probation services in Austria.In *Historical development of the probation service system*[Em Linha].Disponivel em WWW: http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Austria.pdf
- KRUUSER, Aare – *Restorative Justice in Estonia*.In European Fórum for Restorative Justice,[Em Linha].Disponivel em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/Countries/Estonia/Estonia.pdf>.
- LÁZARO, João ; MARQUES, Fredereico Moyano – Justiça Restaurativa e mediação. In *Sub judice*.Justiça Restaurativa.ISSN 0872- 2137. Almedina. n°37.2006 (Out-Dez.).p.76.

LEI Nº21/2007 de 12 de Junho.In.*Diário da República,1ªSérie- Nº112-12 de Junho de 2007*

LEITE, André Lamas - *A Mediação Penal de Adultos, Um Novo« Paradigma» de Justiça?:Análise Crítica da Lei nº 21/ 2007, de 12 de Junho*.Coimbra Editora, 2008. ISBN 978 -972 -32 -1606 -6. p.91.

LEMONNE, Anne.- Alternative conflict resolution and restorative justice.In WALGRAVE, Lode- *Repositioning Restorative Justice*.William Publishing. USA(2003).ISBN 1-84392- 016 – 6.p.48-50.

LEVIN, Marc- *Victim-Offender Mediation and Plea Bargaining Reform in Texas*.In Policy Perspective.Texas Public Policy Foundation.April, 2006.[Em Linha] Disponível em WWW: <http://www.texaspolicy.com/pdf/2006-04-PP-VOM-ml.pdf>

LIEBMAN, Marian – A Brief History of Restorative Justice. In *Restorative Justice:How it Works*.USA:Jessica Kingsley Publishers,2007.ISBN 978-1-84310-074-4,p.41-45.

LIVARI, Juhani - *Mediation in Finland*.In. Victim-Offender mediation in Europe. Making Restorative Justice Work.European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), KU Leuven, 2000.[Em Linha] Consult.29 Mai 2012.Disponível em WWW: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/iivari/view>
MADRONE,Serenity-*The History of Circle Sentencing*.[Emlinha].Ehowlegal.[Consult.15Mar.2011]DisponivelemWWW::http://www.ehow.com/about_5387084_history-circle-sentencing.html

MARSHALL,Tony - Relationship of Restorative Justice to Legal Justice. In *Restorative Justice: An Overview*.Home Office Report –UK. Research Development and Statistics Directorate, 1999.ISBN 1 84082 244 9.p.8.

MARSHALL,Tony F.- *Restorative Justice: An overview*.Home Office report of Research Development and Statistics Directorate, UK ,1999,.ISBN 1 84082 244 9,p.7.

MC COLD,Paul – What is The Role of Community In Restorative Justice Theory And Practice?. In ZEHR,Howard; TOEWS, Barb- *Critical Issues in Restorative Justice*.NY,USA:Criminal Justice Press, 2004.ISBN 1-881798-51-8.p.155-161.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – *Anteprojecto de lei de mediação em processo penal* (Versão para Debate Público). Art.4º . [Em Linha] Ministério da Justiça, 21 de Fevereiro de 2006. Disponível em WWW: <http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/90ecba40017f7282bf34df4dd7f3d140.pdf>

MINISTRY OF SOCIAL AFFAIRS AND HEALTH - *Social Welfare in Finland*. Helsinki, Finland, 2006. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://pre20090115.stm.fi/aa1161155903333/passthru.pdf>

MONTE, Mário Ferreira – Um balanço provisório sobre a Lei de Mediação Penal de Adultos. In ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*.Coimbra Editora, 2011. ISBN 978 – 972- 32 -1920 -3.p.114-115.

- MORAIS, Teresa – *Breves Reflexões sobre Mediação Penal*. I Em Linha]. In Comunicação para Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 8 de janeiro de 2007.[Consult.16 Jun 2012] . Disponível em WWW: http://www.trp.pt/mp_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html
- MORAIS, Teresa – Mediação Penal, O «Projecto do Porto» e o Anteprojecto da Proposta de Lei. In *Revista do Ministério Público*. Ano 27, Jan – Mar 2006. Número 105.p.135- 139.
- MÜLLER, Karin Bruck – Diversion for Promoting Compensation to Victims and Communities during the Pre-Trial Proceedings in Austria. In GÖNCZÖL, Katalin- *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure, 2010*. Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary, Budapest 2010. Ed. Afford.p.110-112.
- ORDEM DOS ADVOGADOS- *Anteprojecto de Diploma sobre Mediação Penal*. Parecer Nº 05 / 06 do Gabinete de Estudos.[Em Linha] . Disponível em WWW:http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=57113&idsc=27684&ida=50600
- PALERMO, Galain – Mediação Penal como forma alternativa de resolução de conflitos: A construção de um sistema penal sem juízes. In ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João – *Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, Vol.III. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978 – 972 32-1793-3.p.825- 835.
- PEDROSO, João; TRINCÃO, CATARINA - O princípio da oportunidade e consenso. In *Percursos da Informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Novembro de 2001.[Em Linha]. Disponível em WWW: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf> . p.169.
- PELIKAN, Christa – Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: Justiça Restaurativa e Justiça Criminal. In PROJECTO DIKÊ, SEMINÁRIO “PROTECÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIME NA EUROPA”. Lisboa: APAV, 2003.
- PINTO, João Fernando Ferreira - O Papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima – Agressor. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15, Nº1 (Jan- Mar) 2005. Coimbra Editora. ISSN: 0871 – 8563. p.96 -97.
- PINTO, João Fernando Ferreira – O papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima – Agressor. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. ANO 15. Nº1. Jan- Mar, 2005. p.109 – 110.
- PORTARIA Nº 732/2009 DE 08 DE JULHO- In *Diário da República, 1ª série – Nº130- 8 de Julho de 2009*.

- REICHERT, Klaus - Confidencialidade na Mediação Internacional. In *Resolução Alternativa de Litígios, Colectânea de Textos Publicados na NEWS LETTER DGAE*. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Ed. Agora Comunicação, 2006. ISBN 972-99281-9-3. p.174-175.
- RODRIGUES, Anabela - A Propósito da Introdução do Regime de Mediação no Processo Penal. In *Revista do Ministério Público*. Ano 27, Jan – Mar 2006. Número 105. p.129-131.
- RODRIGUES, Anabela - Os Processos Sumário e Sumaríssimo ou a Celeridade e o Consenso no Código de Processo Penal. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*. ANO 6. Fasc. 4º (Out.- Dez.) 1996. p.533 -534.
- RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: Os Critérios da Culpa e da Prevenção*. Coimbra Editora, 1995. Fls.319-325. Dissertação de Doutoramento
- ROQUES, Flávio Serrano - Mediação Penal – Comentários ao Projecto de Proposta de Lei. In *Mediação em Processo Penal*. Verbo Juridico: compilações doutriniais, Abril, 2006. p.2.
- ROXIN, Claus – Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. In SCHÖCH, H – *Wiedergutmachung und Strafrecht, Symposion aus Anla, des 80 . Geburtstages von Friedrich Schaffstein*. Munchen, 1987. p.52.
- SANTANA, Selma - *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.II*, Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. p.901.
- SMITH, Craig R.- *Mediation: The process and the Issues* [Em linha]. Ontário: Queens University, 1998. [Consult. em 24 Mar. 2012] Disponível em WWW: <http://irc.queensu.ca/gallery/1/cis-mediation-the-process-and-the-issues>
- SOUSA, Aiston Henrique de – A mediação no contexto do sistema de solução conflitos. In SLAKMON Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz - *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.537.
- TORRÃO, Fernando - O princípio da Oportunidade no Processo Penal Português. In *Lusíada, Rev. De Ciência e Cultura*. Nos. 1 e 2 , 1999. Universidade Lusíada- Porto. Coimbra Editora, 1999. ISSN 0872- 2498. p.51 -52
- TORRÃO, Fernando - Admissibilidade da Suspensão Provisória do Processo nas situações previstas pelo Artigo 16 º, Nº3, do CPP, (Fundamentos de Política Criminal e Caminhos Técnico – Processuais a Partir de Uma Hipótese Prática). In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.III*, Org. Manuel da Costa Andrade e outros. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978- 972- 32- 1793 -3 . p.1208 -1212.

- TÖRZS, Edit – *Victim - Offender Mediation in Hungary*. European Fórum for Restorative Justice. Newsletter, vol. 12, issue 2. September 2011. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/readingroom/Newsletter/Vol12Issue2.pdf> .
- TRENCZEK, Thomas – *Victim- Offender Mediation in Germany –ADR Under The Shadow of The Criminal Law?*. Bond Law Review, vol.13, Iss.2, Article 6. [Em Linha]. Disponível em WWW: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol13/iss2/>
- UMBREIT, Mark S. – *Guidelines for Victim – Sensitive Mediation and Dialogue With Offenders*. [Em linha]. U.S Department of Justice, Office of Justice Programs, 2000. [Consult. 03 Abr. 2012]. Disponível em WWW: https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/96517-gdlines_victims-sens/guide5.html
- UMBREIT, Mark S. - Victim-offender mediation: Three decades of practice and research. In *Conflict Resolution Quarterly*. Vol.22 ,2004. DOI: 10.1002/crq.102 Wiley Periodicals, Inc., and the Association for Conflict Resolution. p.281-282.
- UMBREIT, Mark S. ; VOS, Betty – Victim –Offender Dialogue in violent cases: a multi-site study in the United States. In SPUIY, Evan Der - *Restorative Justice: Politics, policies and prospects*. Juta & Co Ltd. Cape town, 2008. ISBN- 13 : 978 – 0- 7021- 7899-3. p.22-29.
- UMBREIT, Mark S.- Advanced Mediation in Crimes of Violence. In *The Handbook of Victim Offender Mediation, An Essencial Guide to Practice and Research*. Jossey Bass Inc. Publishers, 2001, ISBN 0 -7879.5491-8. p.256-264.
- UMBREIT, Mark S.- *Restorative Justice Through Victim Offender Mediation: A Multi-Site Assessment*, Western Criminology Review 1(1) USA, 1998. [Consult. em 20 Jul. 2010]. Disponível em <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>.
- UNITED NATIONS- *The Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century* (55/59). Resolution adopted by the General Assembly Vienna, 10-17 April 2000, paragraf. 28. [Em Linha]. Disponível em WWW: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5559e.pdf
- UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime,- *Handbook on Restorative Justice programmes*. Ed. Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006.
- UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL- Resolution 2002/12.- Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. E/2002/INF/2/Add2 Annex, I.2. [Em linha]. NY, USA, 2002 [Consult. em 17 Mar. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>
- VALERIE F. – *Mediation: Essentials and Expectations*. USA, 2004. Dorrance Publishing Co, Inc. ISBN 0- 8059-6168-2. p.40-41.
- VAN GARSSE, Leo - Victim-offender mediation in a maximalist perspective. In *The Role of Victim-Offender Mediation in Probation*. “Probation Works” Málaga, May 2010. [Em Linha] Disponível em WWW: http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Pres%20GA%2010%20Gar.pdf

- VAN NESS, Daniel W.- The Cornerposts of Restorative Justice. In VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks - *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice*. 4ª ed: Anderson Publishing, 2010. ISBN 978-1-4224-6330-7. p.68-69.
- VEZZULLA, Juan Carlos- *Mediação: Teoria e Prática, Guia para Utilizadores e Profissionais*. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Judicial. 2ª ed. Agora Comunicação, 2005. ISBN 972-97584-8-4.
- WALGRAVE Lode - Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. In HIRSCH, Von (e outros). *Restorative Justice and Criminal Justice*. Hart Publishing, 2003. ISBN 1-84113-518-6. p.64,74.
- WALGRAVE, Lod – Focusing on restorative justice. In WALGRAVE, Lod – *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. USA 2008. Willan Publishing. ISBN 9781843923350. p.22.
- WALGRAVE, Lode – Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach. In WALGRAVE, Lode – *Restorative Justice and the Law*. UK: Willan Publishing, 2002. ISBN 1-903240-96-4. p.199-200.
- WALGRAVE, Lode- Restorative Justice Potentials and Key Questions. *European Best Practices of Restorative Justice in Criminal Procedure, 2010*. Conference Publication. Ministry of Justice and Law Enforcement of Republic of Hungary, 2010. p.30.
- WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luis M.- Mediação: a solução do conflito. In *O que é a mediação*. Trad. Soares Franco-Gabinete de Tradutores e Intérpretes, Lda. Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Ed. Agora publicações. Lisboa, 2003. Título original: “*Qué es la mediación*”. ISBN 950-20- 0908-8. p.72.
- WILLEMSSENS, Jolien- Final Report of Agis Project JLS/2006/AGIS/17. In *Restorative Justice: An Agenda for Europe*. [Em linha]. European Forum for Restorative Justice ,2008 [Consult. 21 Jul. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Report%20The%20role%20of%20the%20EU.pdf>.
- WILLEMSSENS, Jolien- The Council of Europe’s mission in the field of criminal justice. In *Restorative justice: an Agenda for Europe, The role of the European Union in the further development of Restorative justice*. Final report of AGIS Project. JLS/2006/AGIS/147. European Forum for Restorative Justice v.z.w., 2008. [Em linha]. Disponível em WWW: <http://www.euforumrj.org/Projects/Report%20The%20role%20of%20the%20EU.pdf>
- WILLEMSSENS, Jolien- Restorative justice: a discussion of punishment. In WALGRAVE, Lode- *Repositioning Restorative Justice*. Ed. William Publishing, 2003. ISBN 1-84392-016-6. p.29.
- ZEHR, Howard- The Offender. In *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. USA: Herald Press, 1990. ISBN 0-8361-3512-1. p.40-43.

ZEHR,Howard- In *The Little Book of Restorative Justice*.USA:Good books,.2002. ISBN 978-1-56148-376-1.p.13-14

ZEMLYANSKA, Vira - Implementation of Restorative Justice in Central and Eastern Europe, In *The Development of Restorative Justice in Central and Eastern Europe*.Dissertation. [Em Linha].The University of Sussex.Sussex Law School.p.38-39.[Consult.14 Jun 2012].Disponivel em WWW:
[http://www.restorativejustice.org.uk/assets/ugc/fetch.php?file=y8eq the development of restorative justice by vira zemlyanska .pdf](http://www.restorativejustice.org.uk/assets/ugc/fetch.php?file=y8eq_the_development_of_restorative_justice_by_vira_zemlyanska.pdf)